Die Rechte des Eigentümers und des früheren Besitzers gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Georg Liebezeit,
Referendar.

Breslau 1907.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. **Die Stellung des Besitzdieners gegenüber Dritten im Allgemeinen; Begrenzung der vorliegenden Aufgabe** . . . . . 1—4

1. Abschnitt.

Die Stellung des Besitzdieners im Besitzrecht des B.G.B. mit einem vergleichenden Rückblick auf das römisch-Gemeine und das deutsche Besitzrecht . . . . . 5—45

§ 2. I. Der Besitzbegriff des B.G.B.; Verhältnis von § 854 zu § 855 . . . . . 5—15

II. Der Besitzdienerbegriff des B.G.B. . . . . 15—38

§ 3. 1. Das Kriterium des § 855, abgeleitet aus der Gegenüberstellung mit § 868 . . . . . 15—30

§ 4. 2. Isays Ansicht über Begriff und Rechtsstellung des Besitzdieners, in kritischer Würdigung . 30—38

§ 5. III. Vergleichender Rückblick auf die Rechtsstellung der Besitzdiener nach früherem Besitzrecht, und zwar: 38—45

1. nach römisch-Gemeinem . . . . . 38—41

2. nach deutschem Besitzrecht 42

3. nach dem der wichtigsten Partikularrechte . 42—45

2. Abschnitt.

Die Rechte des Eigentümers und des früheren Besitzers gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers; dargestellt, unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung, im Rahmen derjenigen Rechtsbehelfe, welche das B.G.B. dem Eigentümer und dem früheren Besitzer gegen den jetzigen Besitzer gewährt. 45—81

I. Die possessorischen Rechtsmittel des früheren Besitzers als solchen . . . . . 45—66

Seite

§ 6 1. Das als erweiterte Selbsthilfe gestaltete Wiederbemächtigungsrecht . . . . . 46—55
a) Geschichtliche Übersicht . . . . . 46—48
α) Das römisch-Gemeine Vertreibungsrecht . . . . . 46—48
β) Die Selbsthilfe bei Entwerung im deutschen Recht 48
§ 7. b) Das Wiederbemächtigungsrecht nach § 859, Abs. 2 und 3 des B.G.B.; auch gegen den Besitzdiener des jetzigen Besitzers anwendbar . . . . . 48—55
§ 8. 2. Die rekuperatorischen Besitzklagen. . . . . 55—65
a) Geschichtliche Übersicht . . . . . 55—59
α) Das römische interdictum Unde Vi . 55—56
β) Die kanonische actio spolii . . . . . 56—58
γ) Die Stellung dieser beiden Rechtsmittel im Gemeinen Recht 58/59
δ) Das Fehlen besonderer possessorischer Klagen im deutschen Recht 59
§ 9. b) Der Anspruch aus § 861, Abs. 1 des B.G.B. auf Wiedereinräumung des Besitzes . . 59—64
α) Dem Besitzdiener des jetzigen Besitzers fehlt die Passivlegitimation . 60—62
β) Abhilfe durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung gegen den Besitzdiener 62
γ) Die prozessuale Rechtslage bei Klageerhebung gegen den Besitzdiener . . 63—64
δ) Die Vollstreckung des gegen den Besitzherrn erwirkten Urteils in die beim Besitzdiener befindlichen Sachen . 64
§ 10. Anhang zu 1 und 2: Die analoge Anwendung der possessorischen Rechtsmittel auf den Rechtsbesitz . . . . . 65—66
II. Die petitorischen Rechtsmittel . . . . . 67—76
§ 11. 1. Des Eigentümers als solchen . . . . . 67—71
a) Geschichtliche Übersicht . . . . . 67—69
α) Die römisch-Gemeine rei vindicatio . 67—69
β) Der Eigentumsschutz im deutschen Recht durch die Klagen aus der Gewere vermittelt 69
§ 12. b) Der Eigentumsanspruch nach § 985 des B.G.B., gerichtet auf Herausgabe der Sache; nicht auch gegen den Besitz-

Seite

diener des jetzigen Besitzers verfolgbar. (Im übrigen wie oben zu I, 2b: β—δ) . 69—71

§ 13. 2. Des früheren Besitzers als eines zum Besitz besser Berechtigten . . . . . 71—76

a) Geschichtliche Übersicht . . . . . 72—74

α) Die römisch-Gemeine actio in rem Publiciana 72

β) Die deutschen Fahrnisklagen:

αα) aus unfreiwillig verlorener Gewere,

ββ) gegen den Vertrauensmann . . . 72—74

γ) Die „preussische Publiciana" als Klage aus dem besseren Recht zum Besitz (§ 161 ff, A.L.R., I, 7). 74

§ 14. b) Der Anspruch aus früherem („besserem") Besitz nach § 1007 des B.G.B., gerichtet auf Herausgabe einer beweglichen Sache; nicht auch gegen den Besitzdiener des jetzigen Besitzers gegeben. (Im übrigen wie oben zu I, 2b: β—δ) 75/76

§ 15. III. Die obligatorischen Ansprüche . . . . . 76—81

1. Der condictionenmässige Anspruch des früheren Besitzers als solchen nach § 812 des B.G.B., gerichtet gegen den den Besitz ohne rechtlichen Grund erlangenden oder behaltenden Besitzer, nicht auch gegen dessen Besitzdiener 77

2. Der deliktmässige Anspruch . . . . . 77—81

a) Des Eigentümers aus § 823, Abs. 1 gegen den Besitzdiener (des jetzigen Besitzers) im Falle schuldhafter, widerrechtlicher Verletzung des Eigentums durch Vorenthaltung oder Entziehung der Sache, 77—79

b) Des früheren Besitzers aus § 823, Abs. 2 gegen den Besitzdiener (des jetzigen Besitzers) im Falle schuldhafter Verletzung der den Schutz eines anderen bezweckenden Vorschrift des § 858, Abs. 1 (durch Besitzentziehung) . . . . 79—81

§ 16. Überblick über das Gesamtergebnis. 81

Verzeichnis der benutzten Bücher.

A. Materialien.

1. Entwurf eines B.G.B für das deutsche Reich (I).
2. Motive zum Entwurf (I), Bd. 3.
3. Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zum Entwurf eines B.G.B., Bd. 3, Sachenrecht. Berlin 1890.
4. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs, Bd. 3, 6.
5. Entwurf eines B.G.B. (II), nach den Beschlüssen der Redaktionskommission.
6. Entwurf eines B.G.B. in der Fassung der Bundesrats- und der Reichstagsvorlage.
7. Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B.

B. Literatur.

8. Achilles, B.G.B. mit Anmerkungen, Berlin 1899.
9. von Amira, Grundriss des germanischen Rechts. 1897.
10. Arndts, Pandekten. 14. Aufl. 1889.
11. Bähr, Zur Besitzlehre, Iherings Jahrb., 26. Bd., S. 224 ff.
12. Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. Iherings Jahrb., Bd. 34., S. 1 ff.
13. Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.
14. Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre, in den Beiträgen zur Auslegung des B.G.B., herausgegeben von Bernhöft und Binder, Heft 1, S. 1 ff.
15. Bendix, Die Besitzlehre nach dem B.G.B., Hannover 1900.
16. Binder, Die rechtliche Stellung des Erben nach dem deutschen B.G.B. 1. Teil, Leipzig 1901.
17. Bernhöft, in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Berlin 1904, S. 496 ff.
18. Biermann, Kommentar zum Sachenrecht, Berlin 1903.
19. Bruns, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts, Weimar 1874.

20. Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B.G.B., Berlin 1901.

21. Bunsen, Besitzschutz im B.G.B., Kohlers Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 23, S. 69 ff.

22. Bunsen, Einführung in das B.G.B., 2. Bd. Sachenrecht, Rostock 1897.

23. Bunsen, Der Schutz des Eigentums im B.G.B. in den Beiträgen zur Auslegung des B.G.B. von Bernhöft und Binder, Heft 6, S. 419 ff.

24. Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Sachenrecht, Jena 1901.

25. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Bd., Sachenrecht, 1905.

26. Dernburg, Pandekten, 1. Bd., 7. Aufl., 1902.

27. Dernburg, Bürgerliches Recht, 3. Bd., Sachenrecht, 1904.

28. Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. Nach des Verfassers Tode durch Feststellung des Wortlauts fortgeführt und mit Anmerkungen versehen von Prof. Dr. R. Leonhard, Bd. 1, 1903, Bd. 2, 1904.

29. Eger, Vertretung beim Eigentumserwerb beweglicher Sachen, Giessener Dissertation, Darmstadt 1900.

30. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Sachenrecht, 8. und 9. Aufl., Berlin 1905.

31. Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Bd., 2. Aufl., Marburg 1901.

32. Fischer, Deutsche Juristenzeitung, 3. Jahrg., S. 367 ff.

33. Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B., 7. Aufl., 1906.

34. Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 7. Aufl., 1896, 3. Bd.

35. Frank, Der Besitzwille nach dem B.G.B., Bonner Dissertation, 1898.

36. Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust in den Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Prof. Dr. R. Leonhard, Heft 4, 1901.

37. Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd., Sachenrecht, 1905.

38. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, Jena 1897.

39. Giese, Besitzrechtsschutz im B.G.B. und actio in rem Publiciana, Dissertation, Berlin 1901.

40. Goldmann-Lilienthal, Das B.G.B., 1. Teil, Berlin 1900.

41. Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre, in den vermischten Schriften, Bd. 1, Berlin 1901.

42. Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht in der Festgabe für R. von Gneist, Berlin 1888.

43. Gaupp-Stein, Kommentar zur Z.P.O., 2. Bd., 5. Auflage, 1904.

44. Hess, Der Besitzdiener des § 855 B.G.B., Dissertation, Jena 1904.

45. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 2. 1886.

46. Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, Bern, 1894.

47. Ihering, Der Besitz, in seinen Jahrb., 32. Bd., S. 41 ff.

48. Ihering, Der Besitzwille, Jena 1889.

49. Josef, Erläuterungen zu den Besitzklagen. Kohlers Archiv f. bürgerl. R., Bd. 15, S. 265 ff.

50. Isay, Die Geschäftsführung nach dem B.G.B., Jena 1900.

51. Kappler, Zur Lehre vom Besitz, Freiburger Dissertation, Wiesbaden 1899.

52. Kniep, Der Besitz des B.G.B., gegenübergestellt dem römischen und Gemeinen Recht, Jena 1900.

53. Kohler, Bürgerl. Recht in der Enzyklopädie von Holtzendorf, Neubearbeitung (No. 5).

54. Kuhlenbeck, Kommentar zum B.G.B., 2. Bd., Berlin 1903.

55. Landsberg, Das Recht des B.G.B., 2. Hälfte, Berlin 1904.

56. Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in Iherings Jahrb. Bd. 36, S. 1 ff.

57. F. Leonhard, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Folge, Bd. 8, S. 422 ff.

58. F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.

59. Mark, Der Besitz nach dem deutschen B.G.B. und die Gewere, Dissertation, Heidelberg 1903.

60. Mathiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 3. Aufl., 1900.

61. Meischeider, Besitz und Besitzschutz, Berlin 1876.

62. Meisner, Kommentar zum B.G.B., 3. Bd., Sachenrecht, Breslau 1901.

63. Munscheid, Stellvertretung im Besitzerwerb, Leipziger Dissertation, Düsseldorf 1901.

64. Neikes, Die Klage aus § 1007 des B.G.B. und ihre Grundlagen, Dissertation, Rostock 1903.

65. Neumann, Handausgabe zum B.G.B., 1. Bd., 4. Aufl., Berlin 1905.

66. Oppenheim, Begriff und Stellung des Besitzdieners, Jenaer Dissertation, Koburg 1900.

67. Planck, Kommentar zum B.G.B. Schuldverhältnisse, 2. Bd., 1900. Sachenrecht, 3. Bd., 1906.

68. Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen, Dissertation, Bonn 1901.

69. Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht, 4. Aufl. Leipzig 1894.

70. Regelsberger, Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen, Iherings Jahrb., Bd. 44, S. 427 ff.

71. Scherer, Kommentar zum Sachenrecht des B.G.B., Erlangen 1899.

72. Schimanski, Die Ansprüche aus früherem Besitze, die actio in rem Publiciana, die preussische Klage aus besserem Recht zum Besitz und § 1007 des B.G.B., Dissertation, Greifswald 1903.

73. Schmelzer, Selbstschutz des Besitzers im B.G.B, Dissertation, Leipzig 1904.

74. Schröder, Über Wechselwirkungen des bürgerlichen Rechts und des Strafrechts, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 97, S. 361 ff.

75. Seuffert, Kommentar zur Z.P.O., 9. Aufl., 1905, 2. Bd.

76. Siméon, Das B.G.B., Sachenrecht, 3. Aufl.

77. Sprenger, Der Besitzdiener, Dissertation, Rostock 1902.

78. Staudinger, Kommentar zum B.G.B. Schuldverhältnisse, 2. Bd., 1901, zitiert: „Staudinger", Sachenrecht, 3. Bd., 1903, zitiert: „Kober".

79. Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Bd., Berlin 1896.

80. Strohal, Der Sachbesitz nach B.G.B., Iherings Jahrb., Bd. 38.

81. Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preussischen Ausführungsbestimmungen, Bd. 1, Sachenrecht, 1906.

82. Thoma, Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des B.G.B., Freiburger Dissertation, 1900.

83. Wendt, Der mittelbare Besitz, im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 87, S. 40 ff.

84. Wendt, Über Besitz und Inhabung, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 74, S. 135 ff.

85. Wendt, Faustrecht oder Besitzverteidigung und Besitzverfolgung, Iherings Jahrb., Bd. 21, S. 56 ff.

86. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 9. Aufl., bearbeitet von Kipp, Frankfurt a/M. 1906 (zitiert: für das Gemeine Recht „Windscheid", für das B.G.B. „Kipp").

C. Judikatur.

87. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 5, Bd. 8.

88. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 49, Bd. 54, Bd. 55 und Bd. 59.

Druckfehlerberichtigung:

S. 7 Z. 3: Materialien statt Materialen.
S. 8 Z. 11: das statt dass.
S. 9 Note 1: S. 6 und 7 statt S. 10 und 11.
S. 11 Z. 10: ihm statt ihnen.
S. 14 Z. 13 bezw. 15: jenem . . bezeichnetem statt jenen . . bezeichneten.
S. 20 Z. 18: Unternehmers statt Unternehmens.
S. 25 Z. 2: A.L.R. statt A.L.K.
S. 35 Z. 7: wiedergegebene statt wiedergegeben.
S. 36 Z. 8: S. 34 statt S. 16.
S. 42 Z. 11: nuzliche statt nutzliche.
S. 46 Z. 1: als solchem statt als solchen.
dto. Z. 3: fehlt „die" vor Geltendmachung.
dto. Z. 26: D. h. t. statt D. h. A.
S. 48 Z. 5: animus statt anismus.
S. 48 Z. 10: sîme statt sûme.
S. 52 Z. 10: Entziehung statt Vollziehung.
S. 55 Z. 7: (S. 45/46) statt (S. 24/25).
S. 55 Z. 17: clandestina statt claudestina.
dto. Z. 20: (S. 47) statt (S. 27).
S. 58 Z. 15: (oben S. 40) statt (oben S. 21).
S. 68 Note 4 vorletzte Zeile: § 855!, letzte Zeile: dem § 76 statt den § 76.
S. 69 Z. 11: 2a S. 72 ff. statt 2a S. 137 ff.
S. 70 Z. 11: S. 34 ff. statt S. 61 ff.

Die Stellung des Besitzdieners gegenüber Dritten im allgemeinen und Begrenzung der vorliegenden Aufgabe.

§ 1.

Die Ausübung der Sachgewalt durch den „Besitzdiener“ [1]) muss diesen naturgemäss oft genug in die Lage versetzen, für die ihm im Bereiche seiner Tätigkeit zugewiesenen Sachen des „Besitzers“ („Besitzherrn“) Dritten gegenüber unmittelbar und zwar

a) aktiv: zwecks Sachverfolgung,

b) passiv: zwecks Sachverteidigung,

eintreten zu sollen. Man vergegenwärtige sich z. B. folgende Fälle:

Zu a: Der Kastellan eines Schlosses zeigt fremden Besuchern die Sehenswürdigkeiten. Einer der Fremden nimmt in einem unbeobachteten Augenblick einen Kunstgegenstand an sich, und dieser Verlust wird einige Zeit nach dem Weggange der Besucher vom Kastellan bemerkt. Der

[1]) So will ich in dieser Arbeit nach dem heute in der Literatur überwiegenden Sprachgebrauche diejenige Person bezeichnen, welche im Sinne von § 855 des B.G.B. „die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt . . . oder in einem ähnlichen Verhältnisse ausübt, vermöge dessen sie den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat“. Vgl. zur Terminologie von § 855: Bekker, Besitz beweglicher Sachen, S. 42, Eck, II. Bd., S. 9 mit den Fussnoten 1—4 daselbst (Leonhard) und Hess, S. 27, Note 1.

Eigentümer des Schlosses weilt auswärts, womöglich im Auslande. Hier ist rasche Verfolgung der von dem Dritten entwendeten Sache durch den Kastellan als den Besitzdiener im Interesse alsbaldiger Wiedererlangung für den Besitzherrn geboten.

Zu b: Der Zimmermeister A schickt Arbeiter mit einem Wagen nach einer Baustelle vor der Stadt, um dort lagernde Balken zum Güterbahnhofe zwecks Weiterbeförderung nach auswärts zu schaffen. Infolge Missverständnisses verladen jedoch die Leute des A eine auf dem angrenzenden Bauplatze des B befindliche Balkenlage auf A's Wagen. Während des Transports zur Bahn erhält B die Nachricht von der irrtümlichen Wegschaffung seiner Bauhölzer. Hier erheischt es umgekehrt das Interesse des Dritten, des B, die Herausgabe der Sachen alsbald direkt von den Leuten des A, dessen Besitzdienern, zu erlangen.

Das B.G.B. hat für die hiernach möglichen Rechtsbeziehungen des Besitzdieners zu „Dritten" nur nach der Aktivseite im obigen Sinne eine positive Norm aufgestellt.

§ 860 bestimmt: Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte (sc. der defensiven und aggressiven Selbsthilfe) ist auch derjenige befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt, m. a. W. der Besitzdiener.

Im übrigen ist die Entscheidung über Aktiv- und Passivlegitimation des Besitzdieners (materiellrechtlich gesprochen) gegenüber Dritten in Hinsicht auf die seiner tatsächlichen Gewalt unterstellte Sache lediglich nach Massgabe von § 855 als der sedes materiae zu treffen. Soweit die Literatur zu diesen Fragen Stellung genommen hat, wird dem Besitzdiener allgemein die Befugnis abgesprochen, ausser der soeben erwähnten Selbsthilfe aktiv für die Sache einzu-

treten, also die mit dem Sachbesitz verknüpften Ansprüche z. B. aus § 861, § 985, § 1007 für den Besitzer Dritten gegenüber geltend zu machen.

Dagegen ist die Frage nach der Passivlegitimation des Besitzdieners gegenüber den auf Erlangung bezw. Wiedererlangung der Sache gerichteten Ansprüchen Dritter zu einer Streitfrage des B.G.B. geworden, seitdem Isay[1]) und Gärtner[2]) im Gegensatz zu der übrigen einschlägigen Literatur die vorbezeichnete Frage, und zwar Isay in vollem Umfange, Gärtner expressis verbis nur für die Passivlegitimation beim Anspruch aus § 861 bejaht haben.

In der vorliegenden Arbeit soll diese Frage nicht bezüglich der Ansprüche aller irgendwie in Betracht kommenden Dritten, sondern nur in den beiden typischen Fällen entschieden werden, in denen es sich darum handelt: Können der Eigentümer und der frühere Besitzer die in den Händen des Besitzdieners befindliche beanspruchte Sache unmittelbar von diesem, also unter Ausschaltung des jetzigen Besitzers (und Besitzherrn) fordern? Der Kreis derjenigen „Dritten", welchen das B.G.B. in der hier zu erörternden Richtung Sachschutz, namentlich petitorischen und possessorischen Charakters, gewährt, erstreckt sich, abgesehen vom Besitzer als solchen, auf alle, denen ein mit Sachherrschaft verbundenes Recht zusteht: Eigentümer, Erbbauberechtigte, Niessbraucher, Pfandgläubiger. Soweit aber die hier genannten dinglich Berechtigten ausser dem Eigentümer Ansprüche auf der Grundlage ihres Rechtes an der Sache, nicht bloss auf Grund des Sachbesitzes als solchen haben, hat das B.G.B. für diese Ansprüche keine besonderen Rechtsgebilde geschaffen, sondern die

[1]) Geschäftsführung nach dem B.G.B. S. 280 ff.

[2]) Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust S. 178.

Ansprüche aus dem Eigentum schlechthin „entsprechende Anwendung“ finden lassen: so in § 1017, Abs. 2 (Erbbaurecht), in § 1065 (Niessbrauch) und in § 1227 (Pfandrecht). Daher entfällt die Bedeutung der Rechte der vorbezeichneten Dritten für die Entscheidung der in Rede stehenden Streitfrage, und rechtfertigt sich so die oben genannte Beschränkung der einschlägigen Erörterungen auf die Rechtsbehelfe der „typischen Dritten“: des Eigentümers und des früheren Besitzers.

Was nach der Begrenzung der Aufgabe nun die Methode ihrer Bearbeitung anlangt, so soll der wohlerprobte Satz der historischen Rechtsschule,[1]) „dass jede tiefere Einsicht in die geschichtlichen Elemente unseres Rechts unmittelbar oder mittelbar der Erkenntnis des lebendigen Rechts zu Gute kommt“, eine zweckentsprechende Berücksichtigung finden, vor allem deshalb, weil die hier besonders in Frage kommende Materie des B.G.B. das Besitzrecht einer eingehenden positiv rechtlichen Regelung entbehrt. Da nun ferner, wie eingangs hervorgehoben, die Entscheidung der Streitfrage in der Hauptsache von der Auffassung des Begriffs und der Rechtsstellung des Besitzdieners nach Massgabe von § 855 B.G.B. abhängt, und gerade Isays Stellungnahme zu der Frage der Passivlegitimation des Besitzdieners auf seiner von der herrschenden Ansicht abweichenden Anschauung über das Kriterium des Besitzdienerverhältnisses beruht, so ist damit der Ausgangspunkt unserer Erörterungen zur vorliegenden Streitfrage notwendig gegeben.

[1]) Vgl. Goldschmidt, Studien S. 63.

1. Abschnitt.

Die Stellung des Besitzdieners im Besitzrecht des B.G.B. mit einem vergleichenden Rückblick auf das römisch-Gemeine und das deutsche Besitzrecht.

§ 2. I. Der Besitzbegriff des B.G.B.; Verhältnis von § 854 zu § 855.

Die Fassung des § 855 und seine Stellung im Abschnitt „Besitz" des Sachenrechts des B.G.B. verweisen uns auf die Vorfrage:

Welche Machtbeziehung der Person zur Sache nennt das B.G.B. „Besitz" und welche Beziehung zur Sache bildet demgegenüber das „Besitzdienerverhältnis"?

Das B.G.B. hat es unterlassen, eine Definition des Besitzes zu geben;[1]) es begnügt sich damit, diesen Begriff durch die Vorschriften über Erwerb, Verlust und Arten des Besitzes zu fixieren.[2]) Allen diesen Vorschriften ist die Betonung des Moments der „tatsächlichen Gewalt über eine Sache" als eines wesentlichen Erfordernisses des Besitzes eigentümlich. Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache „erlangt" (§ 854, Abs. 1) und nicht wieder „aufgegeben oder in anderer Weise verloren" (§ 856, Abs. 1), wer diese Gewalt also hat, der ist der Besitzer der Sache. Daraus folgern nun Planck,[3]) Eck,[4]) Bernhöft[5]) und Oppenheim[6]): Besitz ist gleichbedeutend mit tatsächlicher Gewalt im Sinne

[1]) Vgl. hierüber Motive III. Bd., S. 80.

[2]) Vgl. Strohal S. 3, 4; Planck III. S. 27 sub. 3; Endemann, S. 130, Anm. 15.

[3]) III. Bd., S. 27, 28.

[4]) II. Bd., S. 2.

[5]) S. 496 oben.

[6]) S. 16; auch Turnau-Förster, vgl. I. Bd., S. 60.

des Gesetzes, m. a. W.: Besitz ist die tatsächliche Gewalt über eine Sache. Diese Auffassung erweist sich aber bei eingehender Prüfung als nicht richtig. Schon Bekker (Aphorismen S. 15 ff.) hat mit Recht darauf hingewiesen: dann müsse man auch beide Begriffe beliebig vertauschen können und käme so bei der Einsetzung der Worte „tatsächliche Gewalt" für „Besitz" in § 854, Abs. 1 zu folgendem Ergebnis:

„Die tatsächliche Gewalt einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben."

Dasselbe widersinnige Resultat ergibt ein gleicher Versuch in § 856, Abs. 1 und besonders in § 855. Setzt man in § 855 „tatsächliche Gewalt" gleich „Besitz", so bestimmt § 855: „Übt jemand den Besitz im Haushalt . . . . . aus, so ist er nicht Besitzer". Einen solchen Widerspruch in § 855 will Oppenheim[1]) dadurch beseitigen, dass er unterstellt, die Anfangsworte „übt jemand die tatsächliche Gewalt" seien vom B.G.B. „unjuristisch gemeint". Auf diese Weise wäre dann allerdings die sonst unleugbare logische Unstimmigkeit, welche § 855 bei Einsetzung von Besitz für tatsächliche Gewalt in der oben gekennzeichneten Art ergibt, vermieden. Indessen ist die von Oppenheim für die Anfangsworte des § 855 gegebene Auslegung eben nur eine „Notbrücke", deren Stützpunkt die haltlose These bildet: Das B.G.B. bediene sich gerade in § 855 der „unjuristischen" Verkehrssprache, während doch ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des B.G.B. zeigt, dass bei der Fassung des Gesetzes in allen seinen Teilen eine besondere juristische Sprachtechnik bewusst zur Anwendung gelangt ist, ohne

[1]) Vgl. a. a. O. S. 16.

dass irgendwelche Ausnahmen zugunsten der ungenauen Ausdrucksweise des Verkehrs, wie die von Oppenheim behauptete, aus dem Gesetze selbst, wie aus den Materialen zur Entstehungsgeschichte nachweisbar wären. Oppenheims Auffassung von der Bedeutung der Anfangsworte in § 855 läuft darauf hinaus, dass die „tatsächliche Gewalt" in § 855 eine andere ist als diejenige in § 854, Abs. 1 und § 856, nämlich erstere eine im [„unjuristischen"] Verkehrssinne tatsächlich vorhandene Gewalt, letztere eine solche im Rechtssinne, eine Folgerung, die von Oppenheim selbst nicht gezogen wird, jedoch für ihn unabweisbar, aber eben wie ihre Voraussetzung entschieden falsch ist. Die Widerlegung des Standpunktes von Oppenheim und der anderen Autoren, welche die Ansicht vertreten, dass „Besitz" und „tatsächliche Gewalt" sich begrifflich decken, wird geradezu vom Gesetz selbst durch folgende positiven Bestimmungen gebracht. § 857 bestimmt: Der Besitz geht auf den Erben über, während in § 2025, Satz 2 und § 2027, Abs. 2 für gewisse Ansprüche des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer bezw. den Besitzer einer Nachlaßsache erfordert wird, dass der „Erbe den Besitz bereits tatsächlich ergriffen" hat.

Diese Gegenüberstellung zeigt deutlich, dass das B.G.B. selbst eine Identifizierung von Besitz und tatsächlicher Gewalt ausschliessen muss; denn es wäre sonst unerfindlich, warum es in §§ 2025 und 2027 vom Erben die Realisierung der tatsächlichen Gewalt an den Nachlaßsachen durch eine positive Handlung, „die Besitzergreifung", verlangt, während doch bereits nach § 857 mit dem Tode des Besitzers dessen Besitz, also im Sinne jener hier bekämpften Auffassung dessen tatsächliche Gewalt an den Nachlaßsachen ipse jure auf den Erben dieses Besitzers übergegangen wäre. Aber das Gesetz bestimmt gar nicht, dass die tatsächliche Gewalt

des Erblassers an seinen Sachen auf den Erben übergehen soll, und kann auch nicht eine derartige rein tatsächliche Beziehung in einem Rechtssatze vorschreiben, was auch Planck ohne weiteres zugibt[1]) quoniam res facti infirmari jure civili non potest, wie die Römer treffend sagen.[2]) So sieht sich denn Planck zu dem Zugeständnis veranlasst, dass „in § 857 das Wort Besitz unzweifelhaft nicht im Sinne von tatsächlicher Gewalt gebraucht" werde.[3]) Um jedoch trotz dieser sichtlichen Unstimmigkeit seine Auffassung, dass nach der Terminologie des B.G.B. „Besitz" und „tatsächliche Gewalt" sich begrifflich decken, als dass restlose Ergebnis einer zu diesem Zwecke vorgenommenen Prüfung sämtlicher im B.G.B. vom „Besitze" handelnden Stellen[4]) dartun zu können, gibt Planck die kategorische Erklärung ab: „Indessen liegt hier (d. h. in § 857) eine ungenaue Ausdrucksweise vor, aus welcher Folgerungen für den Begriff des Besitzes nicht hergeleitet werden können."[5]) Ist dieses „Tamen" nicht weniger ein Vorwurf gegen das Gesetz, als ein Selbstvorwurf Plancks, des Generalreferenten der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B.? Planck bedient sich hier bei der Beweisführung für seine Ansicht des gleichen untauglichen Mittels, wie Oppenheim nach den obigen Ausführungen; denn die Behauptung, es liege bei der Fassung einer so wichtigen grundsätzlichen Bestimmung, wie der des § 857, eine „ungenaue Ausdrucksweise" des Gesetzes vor, ist gleichbedeutend mit der Er-

[1]) Vgl, Planck, III. S. 40 sub 2.

[2]) Vgl. l. 1 § 4 D. 41,2.

[3]) Vgl. Planck l. c. S. 28 und S. 40, sub 2; ebenso: Turnau-Förster, S. 67 unter No. 1.

[4]) Vgl. Planck, l. c. S. 27 unten.

[5]) Vgl. Planck, l. c. S. 28. — Turnau-Förster will in § 857 eine „Fiktion" erblicken. Vgl. Bd. I, S. 67 unter No. 1.

klärung, dass gewisse Worte in § 855 „unjuristisch gemeint“ seien. Es bedarf daher hier nicht nochmals der Widerlegung aus dem Gesichtspunkt der Sprachtechnik des B.G.B.; es genügt, bei dieser Gelegenheit auf die obigen Ausführungen zu verweisen.[1]) Nach Plancks Meinung will das B.G.B. mit der Bestimmung des § 857: „Der Besitz geht auf den Erben über“ sagen, „dass die Vorschriften über die Rechtsfolgen des Besitzes auf den tatsächlichen Zustand zwischen dem Tode des Besitzers und der Besitzergreifung durch den Erben oder einen Anderen entsprechende Anwendung finden.“[2]) Wenn das B.G.B. aber diese „entsprechende Anwendung“ der Vorschriften des Besitzrechtes auf den Erben wirklich hätte vorschreiben wollen, so wäre sicherlich eine dementsprechende Fassung des § 857 im Gegensatz zu der vorhandenen gewählt worden. Es fehlt daher an einem greifbaren Anhaltspunkt für die von Planck dem § 857 gegebene Auslegung. Vielmehr muss nach dem klaren Wortlaut des § 857 und dem Zusammenhange dieser Vorschrift mit den unmittelbar vorhergehenden von dem Erwerbe und Verlust des Besitzes handelnden Bestimmungen des mit „Besitz“ schlechthin überschriebenen 1. Abschnitts des Sachenrechts angenommen werden, dass der „Besitz“ im eigentlichen Sinne dieses Abschnitts, nicht etwa „das Recht des Besitzes“ Gegenstand des Überganges auf den Erben ist. Dies ist auch der Standpunkt der herrschenden Ansicht in der Literatur.[3]) Das Verhältnis zwischen „Besitz“ und „tatsächlicher Gewalt“ gestaltet sich daher nach den vorstehenden Ausführungen

[1]) Vgl. S. 10 und 11 der Darstellung.

[2]) Vgl. Planck, a. a. O. S. 41.

[3]) Vgl. Kipp, I. S. 794, Binder S. 47, Krome III. S. 17, Fischer-Henle Note 1 zu § 857.

nicht im Sinne der von Planck, Oppenheim und den anderen eingangs bezeichneten Autoren behaupteten Identifizierung: Nicht ist Erlangung der tatsächlichen Gewalt gleich Besitzerwerb (§ 854, Abs. 1) und Verlust jener gleich Besitzverlust (§ 856, Abs. 1), somit Besitz selbst gleichbedeutend mit tatsächlicher Gewalt, sondern[1]): Das Gesetz knüpft an die Voraussetzung der Erlangung der tatsächlichen Gewalt als Rechtsfolge den Erwerb des Besitzes und dementsprechend an die Aufgabe oder den anderweitigen Verlust der tatsächlichen Gewalt als Rechtsfolge die Beendigung des Besitzes. Das Verhältnis der „tatsächlichen Gewalt" zum „Besitz" ist demnach dasjenige von Rechtsursache und Rechtswirkung, in diesem Sinne ist Besitzer einer Sache, wer die tatsächliche Gewalt über dieselbe erlangt und nicht verloren hat, wer diese Gewalt also inne hat (§ 854, Abs. 1 in Verbindung mit § 856, Abs. 1).[1])

Dieses Prinzip erfährt indessen durch § 855 für einen speziellen Fall eine erhebliche Einschränkung; denn hier wird gerade jemand, der „die tatsächliche Gewalt" in einem bestimmten Verhältnis zu einem Anderen „ausübt", also diese Gewalt „erlangt" hat, im Sinne von § 854, Abs. 1, nicht des Besitzerwerbes teilhaftig, nicht er, sondern „nur der Andere ist Besitzer" im Rechtssinne, der Inhaber der tatsächlichen Gewalt aber nur „Besitzdiener".

Wir müssen daher fragen: Wie gestaltet sich nun das Verhältnis von § 854, Abs. 1 zu § 855? Die Auffassung der Materialien über diesen Punkt ist nicht klar ersichtlich. Die Protokolle enthalten zunächst (Bd. III, S. 31) die Äusserung: „§ 797a (der jetzige § 855) wolle

[1]) Vgl. hierzu auch Neumann, Handausgabe, I. Bd., S. 572, Vorbemerkung unter 1.

keine Änderung des § 797 (des jetzigen § 854), sondern nur seine Ergänzung und Erläuterung.“ Aber noch in demselben Absatz wird gesagt: „Grundsätzlich sei der, der die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübe, als Besitzer anzusehen. Nur ausnahmsweise sei ein Dritter als der eigentliche Besitzer zu behandeln“. Ähnlich wie die letztgenannte Stelle auch die Denkschrift auf S. 109.

Dieselbe Meinungsverschiedenheit findet sich in der Besitzliteratur.[1]) Die einen stimmen Planck[2]) bei, welcher auf Grund der von ihnen vertretenen Gleichstellung von Besitz und tatsächlicher Gewalt annimmt, § 855 wolle den § 854 erläutern und spreche darum beim Vorliegen eines Besitzdienerverhältnisses nur dem Besitzherrn „Besitz“ und damit tatsächliche Gewalt zu; der Besitzdiener habe überhaupt keine tatsächliche Gewalt im Rechtssinne.[3]) Diese Schlussfolgerung ist unhaltbar. Das Gegenteil ergibt sich:

1. aus dem klaren Wortlaut des § 855: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache“ . . . . . aus;

2. aus der Erwägung: Wenn der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt im Sinne von § 854, Abs. 1 nicht hätte, so wäre § 855 überflüssig[4]); denn durch die Bestimmung des § 854, Abs. 1 ist die Möglichkeit ausgeschlossen, eine der tatsächlichen Gewalt entbehrende Person als Besitzer anzusehen;

3. vom Standpunkte der Verkehrsanschauung, auf welche das Besitzrecht des B.G.B. in seinen Grundlagen abgestellt

---

[1]) Vgl. die Übersicht bei Dr. Hess, S. 27 Note 2 und 3.
[2]) Vgl. Planck, III. Bd. zu § 855, S. 35 a. f. und 36.
[3]) So auch Endemann, S. 171 und Crome, III. S. 25, Anm. 18.
[4]) Vgl. Kipp, I. Bd. S. 785, 786 sub d, Hess, S. 28.

ist[1]) und nach welcher gerade die in § 855 namhaft gemachten Kategorien von Besitzdienern: das Haushalts- und Geschäftspersonal unzweifelhaft eine tatsächliche Gewalt an den von ihnen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit gehandhabten Geräten, Waren und sonstigen Sachen ihrer Dienstherrn haben.

Daher ist zunächst der Ansicht derjenigen beizupflichten, welche mit Biermann,[2]) Dernburg[3]) und Landsberg[4]) annehmen: § 855 enthalte eine positive Ausnahme von § 854, Abs. 1, denn erstere Bestimmung will sagen: Unter gewissen Voraussetzungen würde jemand trotz Erlangung der tatsächlichen Gewalt nicht der grundsätzlich damit nach § 854, Abs. 1 verbundenen Rechtsfolge, des Besitzes, teilhaftig, nicht er, sondern nur der Andere werde Besitzer.

Allein, § 855 enthält nicht bloss eine solche Negation. Der „Andere", von dem hier als dem Besitzer gesprochen wird, könnte ohne eigene tatsächliche Beziehung zur Sache nicht Besitzer im Rechtssinne sein, wenn das B.G.B. eben zum Besitzerwerbe die Erlangung der tatsächlichen Gewalt als wesentliche Voraussetzung aufstellt. § 855 führt also, wie Hess[5]) mit Recht betont, keinen Besitz ohne Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt ein. Vielmehr liegt in § 855 die positive Bestimmung: der Umstand, dass

---

[1]) Vgl. Protokolle III, S. 29. Vgl. Planck, III., S. 30 unter 2: („Das tatsächliche Moment, nach welchem sich das Vorhandensein dieser, d. h. der zum Besitz erforderlichen Gewalt bestimmt, ist die im Verkehre herrschende Auffassung") und ebenda S. 36 unter 2: („Den entscheidenden Maßstab für die Feststellung des Tatbestandes, nämlich des § 855, bildet . . . . . die Verkehrsanschauung").

[2]) Anm. 1 zu § 855.

[3]) III. Bd. S. 49.

[4]) S. 624 a. a. O.

[5]) Vgl. S. 29 a. a. O.

jemand die tatsächliche Gewalt für einen „Anderen“ in dessen Haushalt . . . über eine Sache ausübt, schafft das Moment der tatsächlichen Gewalt zugleich für die Person jenes „Anderen“.[1]) Auf diese Weise liegt eine doppelte tatsächliche Gewalt vor: auf Seiten des Besitzdieners als des „Ausübenden“ und auf Seiten des Besitzherrn als des „Anderen“ im Sinne von § 855, jedoch mit der Rechtswirkung, dass „nur der Andere“, der Besitzherr vom Gesetze als Besitzer anerkannt wird.[2]) Insofern findet daher die Bestimmung des § 854, Abs. 1 in derjenigen des § 855 die zur gesetzlichen Fixierung der Begriffe „tatsächliche Gewalt“ und „Besitz“ notwendige Ergänzung.

Somit gelangen wir auf Grund der vorstehenden Entscheidung über das Verhältnis von § 854 Abs. 1 zu § 855 zu dem Ergebnis:

a) tatsächliche Gewalt bedeutet im Sinne des B.G.B. nach § 854, Abs. 1, verglichen mit § 855 daselbst: nicht ein bloss physisches, auch nicht ein nur lokal begrenztes Verhältnis einer Person zur Sache, sondern ein „sozial ausgeprägtes Gewaltverhältnis“[3]);

b) der Besitzbegriff des B.G.B. ist mangels einer positivrechtlichen Bestimmung im Gesetze als sozialer Gewaltbegriff aus der „Verbindung“[4]) des Momentes der tatsächlichen Gewalt als solcher („ausdehnende Funktion des Gewaltbegriffs[5]) nach § 854 Abs. 1) mit dem Moment der selbständigen Ausübung der Sach-

---

[1]) Vgl. Hess, S. 29, Sprenger, S. 16 ff.

[2]) Vgl. Hess, S. 29 a. f. Oppenheim, S. 18, 19.

[3]) Vgl. besonders Endemann, S. 130 sub. 3 b und 4, u. S. 151, Hess, S. 14, Sprenger, S. 19 ff., ähnlich Oppenheim, S. 21.

[4]) Vgl. Sprenger, S. 17, 18.

[5]) So: Endemann, S. 130 unter 3.

gewalt („einschränkende Funktion des Gewaltbegriffs“ nach § 855)[1]) zu entwickeln.

Unter dieser Voraussetzung dürfte sonach die eingangs formulierte Frage in ihrem ersten Teile: Welche Machtbeziehung der Person zur Sache nennt das B.G.B. Besitz? dahin zu beantworten sein: Besitz ist das Rechtsverhältnis der durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt nach dem sozialen Gemeinbewusstsein begründeten Sachherrschaft einer Person.[2])

Wenn nun dem Besitzdiener nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 855 trotz Erlangung der tatsächlichen Gewalt die Rechtsstellung des Besitzers versagt bleibt, so kann dies nach den vorstehenden Ausführungen nur in jenen von Endemann als „einschränkende Funktion des sozialen Gewaltbegriffs“ zutreffend bezeichneten Moment des hier entwickelten Besitzbegriffs seine Ursache haben. Die Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch den Besitzdiener stellt sich nach der sozialen Anschauung der Rechtsgenossen, welche für die rechtliche Anerkennung einer solchen Sachgewalt als „Besitz“ massgebend ist, als eine derart „unselbständige“ dar, dass dieselbe als bloss „natürliche Sachgewalt“[3]) im Gegensatze zu der für den Besitztatbestand wesentlichen „Sachherrschaft“ erscheint. Daher die Rechtsfolge: „so ist nur der Andere (der Besitzherr) Besitzer.“ Es fragt sich nun: worauf beruht eben diese Unselbständig-

[1]) So: Endemann, S. 130 unter 3.

[2]) Vgl. hierzu besonders Endemann, S. 129—131, 151; Crome, S. 16 und 31, Note 10; Kohler, S. 600, sowie Binder, S. 47 (Auffassung des Besitzes als Rechtsverhältnis besonderer Art), Cosack, II. Bd., S. 61 (Unterscheidung von tatsächlicher „Gewalt“ und „Herrschaft“ über eine Sache), Schröder, S. 373 a. f. (Besitz des B.G.B. als „sozial ausgeprägte Sachherrschaft“).

[3]) Vgl. Endemann, S. 129, 169 unter No. 2.

keit des Besitzdieners in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache? Damit kommen wir zur Erörterung des Wesens des Besitzdienerverhältnisses und zur Entscheidung der eingangs gestellten Vorfrage ihrem zweiten Teile nach.

II. Der Besitzdienerbegriff des B.G.B.

§ 3. 1. Das Kriterium des § 855, abgeleitet aus der Gegenüberstellung mit § 868.

Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B.G.B. ist bei der Normierung des Besitzdienerverhältnisses durch die Aufnahme des § 797a (übereinstimmend mit dem jetzigen § 855[1]) in den Entwurf von der Auffassung ausgegangen: „Das Gesetz müsse sich darauf beschränken, die praktisch wichtigsten Fälle hervorzuheben, und der Wissenschaft und Praxis überlassen, durch eine vernünftige Auslegung für die richtige Anwendung des § 797a (des jetzigen § 855) zu sorgen.“[2]) Deshalb findet sich im B.G.B. so wenig hierfür wie für den Besitz eine in sich abgeschlossene Begriffsbestimmung in der Form der Legaldefinition. Zergliedert man den Tatbestand des § 855 in die für die hier vorzunehmende Begriffsentwickelung wesentlichen Merkmale, so ist nach § 855 Besitzdiener: „wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen ausübt, und zwar:

a) in dessen Haushalt oder

b) in dessen Erwerbsgeschäft oder

c) in einem ähnlichen Verhältnis

vermögedessen er den auf die Sache sich beziehenden

---

[1]) Nach Vornahme einer unwesentlichen redaktionellen Änderung bei der Revision der Kommissionsbeschlüsse zum Abschnitt „Besitz“. Vgl. Protokolle, VI. Bd., S. 219.

[2]) Vgl. Protokolle, III. Bd., S. 31, 32.

Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat.“ Es handelt sich mithin im Tatbestande des § 855 um ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis des Inhabers der Sache von dem „Anderen“, dem Besitzer. Indessen auch der Besitzer nach § 868, der wohl am besten „Besitzmittler“[1]) genannt wird, also derjenige, welcher eine Sache als Niessbraucher, Mieter Pächter usw. oder in „einem ähnlichen Verhältnis“ besitzt, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, hat sicherlich gewissen „Weisungen“ des Anderen hinsichtlich der Sache „Folge zu leisten“, befindet sich daher gleichfalls in einem Abhängigkeitsverhältnisse. Trotzdem ist der Besitzmittler nach § 868 Besitzer, der Besitzdiener nach § 855 ausdrücklich nicht. Daher meint Isay[2]): Das Moment der Abhängigkeit könne überhaupt nicht als Unterscheidungsmerkmal des § 855 gegenüber § 868 herangezogen werden. „Denn“, so führt er aus, „die aus § 855 selbst zu entnehmenden Momente, einmal, dass die tatsächliche Gewalt über die Sache vom Inhaber in einem bestimmten Verhältnisse zu dem Anderen, also vermöge dieses Verhältnisses ausgeübt wird; und zweitens, dass dieses Verhältnis dahin geht, den Inhaber zur Beachtung der auf die Sache sich beziehenden Weisungen des Anderen zu verpflichten — diese beiden Momente sind auch die beiden Kriterien des § 868, und es zeigt sich sonach, dass die Tatbestandsmomente des § 868 auch in § 855 B.G.B. enthalten sind.“ Diesen Ausführungen ist entgegen zu halten: Allerdings tritt bei äusserlicher Betrachtung kein Unterschied zwischen der Gestaltung des Abhängigkeitsverhältnisses im Falle des

[1]) Vgl. Bekker, Besitz beweglicher Sachen S. 26; dazu Biermann, Anm. 1c bei § 868, S. 34 und Endemann, § 31, S. 156 ff.

[2]) a. a. O. S. 282, 283 und 285.

§ 855 und derjenigen im Falle des § 868 hervor; auch ist die tatsächliche Gewalt, die der Besitzdiener wie der Besitzmittler vermöge ihres Abhängigkeitsverhältnisses zu dem „Anderen" über die Sache dieses „Anderen" ausüben, rein objektiv genommen, dieselbe. Wohl aber liegt — und das ist die in der Literatur durchaus herrschende Ansicht[1]) — das Kriterium des § 855 gegenüber § 868 in der verschiedenen Natur und dem verschiedenen Grunde des Abhängigkeitsverhältnisses des Besitzdieners und des Besitzmittlers.

Um diesen Unterschied festzustellen, muss von den Beispielen ausgegangen werden, die in § 855 als typische Fälle des Besitzdienerverhältnisses und in § 868 als gleichfalls typische Fälle des Besitzmittlerverhältnisses benannt werden. So rechnet § 868 zu den Besitzmittlern: Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter und Verwahrer; demgegenüber hebt § 855 zwei Gattungen von Besitzdienern hervor: Die im Haushalt und im Erwerbsgeschäft eines Anderen für diesen tätigen Personen. Fasst man nun bei den hier aufgezählten Beispielen des § 868 das Innenverhältnis zwischen dem Besitzmittler und dem „Anderen", so zwischen Mieter und Vermieter, ins Auge, so findet man in allen diesen Fällen als Grundlage der Abhängigkeit des Besitzmittlers ein konkret bestimmtes, insbesondere zeitlich begrenztes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Anderen[2]), sei es ein obligatorisches, wie zwischen Mieter und Vermieter, Verwahrer und Hinterleger, sei es ein sachenrechtliches, wie das Verhältnis des Pfandgläubigers

[1]) Vgl. Hess, § 4 S. 30 ff und die dort gegebene Übersicht über den Stand der Literatur, sowie Crome, S. 25, 26 und Binder, S. 57, Anm. 75.

[2]) Vgl. Endemann, S. 157, Strohal, S. 8, Kober, S. 37, Anm. 2a.

gegenüber dem Verpfänder (Eigentümer) oder des Niessbrauchers gegenüber dem Eigentümer bezw. sonstigen Besteller des Niessbrauchs. Es kann daher generell ein Besitzmittlerverhältnis nur dann angenommen werden, wenn jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache auf Grund eines den vorbezeichneten Erfordernissen entsprechenden Rechtverhältnisses zu einem „Anderen" ausübt, denn nur unter dieser Voraussetzung liegt im Sinne von § 868 ein „ähnliches Verhältnis"[1]) vor, vermöge dessen der Inhaber der tatsächlichen Gewalt dem „Anderen" gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist".

Demgegenüber verweist das Gesetz in § 855, um die Abhängigkeit des Besitzdieners von den Weisungen des Besitzherrn hinsichtlich der Ausübung der Sachgewalt zu kennzeichnen, lediglich auf die Tätigkeit jemandes im „Haushalt" oder im „Erwerbsgeschäft" eines Anderen, ohne dabei ein konkret bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen diesen Personen anzugeben. Es fragt sich daher, ob die besondere Gestaltung der Abhängigkeit des Besitzdieners in diesen beiden typischen Fällen durch eine Rechtsbeziehung bestimmter Art (entsprechend den Fällen des § 868) oder durch ein anderes Moment bedingt ist. Um diese Frage zu entscheiden, sind die beiden im § 855 bezeichneten Besitzdienergattungen zu spezialisieren. Die tatsächliche Gewalt im Haushalt eines Anderen üben Personen von sehr verschiedener Rechtsbeziehung zu diesem Anderen aus; sie lassen sich in die beiden Gruppen: Familienangehörige (z. B. Kinder, Verwandte) und Angestellte zusammenfassen. Dabei kommt es auf die Art und Dauer der Beschäftigung dieser Besitzdiener im Haushalt nicht

[1]) Vgl. hierüber die Entscheidungen des R.G., Bd. 49, S. 173 und Bd. 54, S. 396.

an. Es umfasst deshalb der Kreis der Angestellten nicht bloss Personen, welche, wie namentlich das Gesinde, niedere Dienste im Haushalt verrichten, sondern ebenso die, welche zur Leistung von Diensten höherer Art, z. B. als Erzieher, Gesellschafterinnen und zu ähnlichen Obliegenheiten berufen sind und in diesen Stellungen die tatsächliche Gewalt über Sachen des Haushaltungsvorstandes erlangen. Desgleichen ist es, wie bereits erwähnt, unerheblich, ob Personen dauernd oder nur, wie Lohndiener, Aufwartefrauen u. a. m., vorübergehend im Haushalt des Anderen beschäftigt sind.[1]) Ferner ist zu beachten, dass der Wirkungskreis des „Haushalts" weit mehr umfasst als der Bereich des „Hausstandes", wie schon die Gegenüberstellung beider in § 1618 B.G.B. zeigt.[2]) Deshalb gehören Angestellte, welche für die Zwecke des Haushalts, doch nicht in den Hausräumen selbst tätig sind, z. B. herrschaftliche Kutscher und Gärtner, zu der hier in Rede stehenden Besitzdienergattung. Daraus folgt, dass das Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners in allen diesen Fällen nicht etwa durch eine auf den Haushaltsbereich sich erstreckende „Territorialgewalt" des Besitzherrn[3]) bestimmt wird, wie man nach dem Wortlaut der einschlägigen Stelle des § 855 vielleicht annehmen könnte.

Dadurch, dass das Gesetz die Tätigkeit „im Erwerbsgeschäft" eines Anderen als Merkmal einer zweiten Gattung von Besitzdienern anführt, hat es der Anwendung des § 855 einen weiten Spielraum gewährt. Gilt doch als Erwerbsgeschäft in diesem Sinne „jede regelmässige, auf Erwerb gerichtete" Arbeit, gleichviel, auf welchem Gebiete mensch-

[1]) Vgl. Planck, zu § 855. S. 36, Biermann, Anm. 2a zu § 855.

[2]) Vgl. auch Planck, a. a. O., S. 36, Ungerer, S. 23, Hess, S. 40, Biermann, Anm. 2 zu § 855.

[3]) Vgl. Hess, S. 40, Endemann, S. 170, Anm. 11.

lichen Schaffens dieselbe liegt.[1]) In den Bereich dieser Besitzdienergattung fallen die überaus zahlreichen und unter den verschiedensten Erscheinungsformen auftretenden Abhängigkeitsverhältnisse, wie sie das heutige Wirtschaftsleben infolge der fortschreitenden Arbeitsteilung, zusammenhängend mit dem Anwachsen des Grossbetriebes, zeitigt. Die stärkste Gruppe innerhalb der Besitzdienergattung des Erwerbsgeschäfts bilden die Angestellten in der Landwirtschaft, der Industrie, dem Handel und den sonstigen Gewerben. Hierbei sind ebenso wie bei den Bediensteten im Haushalt Art, Dauer und örtliche Begrenzung der fraglichen Tätigkeit für die Besitzdienereigenschaft ohne Bedeutung. Auch hier keine „Territorialgewalt" des Arbeitgebers oder Unternehmers als des Besitzherrn! Deshalb sind z. B. die Heimarbeiter hinsichtlich der ihnen vom Unternehmer an ihre häusliche Arbeitsstätte mitgegebenen Stoffe als Besitzdiener im Erwerbsgeschäft dieses Unternehmens anzusehen. Auch die hier in Rede stehende Gattung von Besitzdienern zählt neben der Gruppe der Angestellten die der im Erwerbsgeschäft tätigen Familienangehörigen; allerdings ist die letztere Gruppe ungleich geringer an Zahl und praktischer Bedeutung. Immerhin bildet aber die Besitzdienerstellung von Familienangehörigen, namentlich der Haussöhne in dem vom Familienoberhaupt geleiteten Erwerbsgeschäft eine häufige Erscheinung, die bei mittleren und kleinen Landwirtschaftsbetrieben und beim Handwerk geradezu den Regelfall darstellt. Vergleicht man nun in den soeben erörterten Fällen der Besitzdienerstellung im Haushalt oder Erwerbsgeschäft eines Anderen die Art der Abhängigkeit der als Besitzdiener fungierenden Familien-

[1]) Vgl. Planck, zu § 855 S. 36, Hess, S. 40/41.

angehörigen und Angestellten von dem Besitzherrn: dem Haushaltungsvorstande oder dem Inhaber des Erwerbsgeschäfts mit der oben behandelten Abhängigkeit des Besitzmittlers von dem „Anderen", z. B. des Mieters von dem Vermieter, des Verwahrers von dem Hinterleger und vollends des Niessbrauchers von dem Eigentümer oder sonstigen Besteller des Niessbrauchs, so tritt als wesentliches Unterscheidungsmerkmal die grössere „Intensität" der Abhängigkeit des Besitzdieners gegenüber derjenigen des Besitzmittlers klar hervor.[1]) Während nach unseren obigen Ausführungen die Abhängigkeit des Besitzmittlers von dem „Anderen" lediglich in einer gewissen rechtlichen Gebundenheit von begrenzter Zeitdauer besteht, hat die Abhängigkeit des Besitzdieners von dem Besitzherrn in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft unverkennbar den Charakter einer „sozialen Unterordnung".[2]) Diese Unterordnung besteht darin, dass der Besitzdiener hinsichtlich der Ausübung der tatsächlichen Gewalt den Weisungen des befehlsberechtigten Besitzherrn unbedingt Folge zu leisten hat. Ein solches „Befehlsrecht" des Besitzherrn und die entsprechende „Gehorsamspflicht" des Besitzdieners sind regelmässig mit dem konkreten Rechtsverhältnis verknüpft, das zwischen beiden Personen besteht. So sind die Angestellten im Haushalt oder Erwerbsgeschäft eines Anderen, z. B. Dienstboten, Arbeiter, Gewerbe- und Handlungsgehilfen, Wirtschaftsbeamte usw. dem Haushaltungsvorstande bezw. dem Inhaber des Erwerbsgeschäfts vermöge des Dienst- und Arbeitsvertrages untergeordnet und somit verpflichtet, bei der Handhabung von Sachen in dem genannten Tätig-

[1]) Vgl. Binder, a. a. O. S. 57, Anm. 75.

[2]) Vgl. F. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 64, Kritische Vierteljahrsschrift S. 422 und Endemann S. 130.

keitskreise diesen „Anderen“ als den befehlsberechtigten Besitzherrn Gehorsam zu leisten. Das Unterordnungsverhältnis von Familienangehörigen, welche Besitzdiener im Haushalt oder Erwerbsgeschäft des Familienoberhauptes sind, wird zumeist auf eine bestimmte Rechtsbeziehung des Familienrechts zurückzuführen sein. Bei Hauskindern kommt, soweit deren Unterordnungsverhältnis nicht schon auf der Einwirkung der elterlichen Gewalt über Minderjährige gemäss § 1626 B.G.B. beruht, das in § 1617 normierte Rechtsverhältnis in Betracht, kraft dessen ein Kind — gleichviel, ob minderjährig oder volljährig — solange es dem elterlichen Hausstande angehört und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird, verpflichtet ist, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten. Es lassen sich jedoch zahlreiche im täglichen Leben vorkommende Fälle nennen, in denen gerade Familienangehörige und Verwandte, die ihrer Stellung im Haushalt oder Erwerbsgeschäft nach zweifellos zu der in Rede stehenden Besitzdienerkategorie gehören, sich in einem Unterordnungsverhältnis gegenüber dem Haushaltungsvorstande oder dem Inhaber des Erwerbsgeschäfts befinden, das sich nicht auf ein konkretes Rechtsverhältnis zu den vorbezeichneten Besitzherrn gründen lässt. Man denke an das oft zitierte Beispiel von der Schwester, die dem Bruder die Wirtschaft führt,[1]) oder an den Fall, dass ein Neffe seinem Onkel auf dessen Landgute bei den Erntearbeiten aus Gefälligkeit unentgeltlich Dienste leistet.

Das „privatrechtliche Verhältnis“ zwischen Besitzdiener und Besitzherrn kann demnach, wie F. Leonhard mit Recht

---

[1]) Vgl. hierzu Strohal, a. a. O., S. 10.

betont,[1]) für die Gestaltung der Unterordnung des Besitzdieners zu einer „sozialen“ und somit für die Abgrenzung der Fälle des § 855 gegenüber denen, die in den Bereich des § 868 gehören, nicht ausschlaggebend sein.[2]) Vielmehr liegt nach den durchaus überzeugenden Ausführungen von F. Leonhard[3]) das für die Annahme eines Besitzdienerverhältnisses im Haushalt oder Erwerbsgeschäft eines Anderen entscheidende Begriffsmerkmal darin, dass bei einer solchen Stellung „nach den sozialen Anschauungen“ ein, wenn auch zumeist mit einem bestimmten Rechtsverhältnis verknüpftes, so doch keineswegs durch dieses bedingtes „Befehlsrecht“ des Besitzherrn und dementsprechend eine „Gehorsamspflicht“ des Besitzdieners, also eine soziale Unterordnung des letzteren gegenüber ersterem begründet sind. Das Gesetz verlangt für die Erfüllung des Tatbestandes des § 855 generell ein der Stellung im Haushalt oder Erwerbsgeschäft eines Anderen „ähnliches Verhältnis, vermöge dessen er (Besitzdiener) den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat“.

Als „ähnlich“ im Sinne dieser Verallgemeinerung kann aber nur ein solches Verhältnis gelten, welches den Fällen des Haushalts oder Erwerbsgeschäfts dadurch ähnelt, dass es nach Massgabe der sozialen Anschauungen eine Unterordnung des Besitzdieners unter den Willen des befehlsberechtigten Besitzherrn herbeiführt. Diese hier im Anschluss an F. Leonhard[4]) vertretene Auffassung vom Kriterium des Besitzdienerbegriffs darf wohl jetzt als die in der

[1]) Vgl. Fahrniserwerb, S. 63/64.
[2]) Vgl. auch Turnau-Förster, I. Bd. S. 65 unter No. 1.
[3]) Vgl. Fahrniserwerb, S. 6364.
[4]) In seiner Schrift: „Vertretung beim Fahrniserwerb“ (1899).

Literatur zum Besitzrecht des B.G.B. herrschende Meinung bezeichnet werden.[1]) Dass bei der Bestimmung des Besitzdienerbegriffs auf das soziale Moment das Hauptgewicht zu legen ist, ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des § 855.

Dem I. Entwurf eines B.G.B. war eine dem jetzigen § 855 analoge Bestimmung fremd. Auf der Savignyschen Besitztheorie beruhend, ging er bei der rechtlichen Ordnung der Besitzverhältnisse von der Unterscheidung zwischen „Besitz und Inhabung“[2]) aus und leitete den Besitzbegriff aus der Verbindung eines sozialen Moments, bestehend in der Erlangung der tatsächlichen Gewalt (der „Inhabung“ des § 797), mit einem individuellen Moment ab, nämlich dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (dem „Besitzwillen“ des § 797). Den Besitzschutz aber knüpfte der I. Entwurf in § 814 ff. ausschliesslich an das Tatbestandsmerkmal der Inhabung, er wollte dem Schutzinteresse des Besitzers mittelbar Genüge leisten, indem er die Sachgewalt des Inhabers mit besonderen Schutznormen ausstattete. Die notwendige Folge dieser Regelung war, dass beim Konflikt zwischen Inhaber und Besitzer um die Herrschaft über dieselbe Sache das in § 814 gegebene Verbot, dem Inhaber ohne dessen Willen die Inhabung der Sache zu entziehen oder ihn darin zu stören, auch den Besitzer im Verhältnis zum Inhaber treffen und somit die Entscheidung zugunsten der gefestigten Rechtsstellung des Inhabers ausfallen musste. Dabei war keine Ausnahme

[1]) Diese Ansicht wird geteilt von: Strohal, a. a. O. S. 9, 10; Eger, a. a. O. S. 18; Mundscheid, a. a. O. S. 37/38; Biermann, Anm. 2a zu § 855, S. 11; Staudinger-Kober zu § 855 S. 14 und Crome, a. a. O. S. 26.

[2]) Vgl. die Überschrift zum II. Abschnitt des Sachenrechts im ersten Entwurf.

zugunsten desjenigen Besitzers vorgesehen, dem ein „blosser Inhaber“ im Sinne von § 2 A.L.K. I, 7, also ein dienstpflichtiges Organ in der Ausübung der Sachgewalt ohne eigenes rechtliches Sachinteresse gegenüberstand.[1]) Zu dieser Kategorie von Inhabern gehören auch die „Besitzdiener“ des jetzigen § 855 B.G.B. Gegen die hierin liegende Überspannung des Besitzschutzes des „blossen Inhabers“ nahm die Kritik zum I. Entwurf einmütig Stellung.[2]) Autoritäten, wie Gierke, Ihering und Goldschmidt, forderten nachdrücklich die Umgestaltung dieses „unsozialen“ Besitzrechts und im Zusammenhange damit die gesetzliche Abgrenzung der Kategorie der „blossen Inhaber“, denen der Besitzschutz gegenüber dem Besitzer versagt bleiben müsse. Die durchgreifende Reform des Besitzrechts des Entwurfs seitens der Kommission für die II. Lesung, der das Besitzrecht des B.G.B. seine jetzige Regelung verdankt, ging bei der Anerkennung und dem Schutz des Besitzstandes von dem Grundgedanken der „sozialen Norm“[3]) aus und beseitigte das individualrechtliche Erfordernis eines besonderen Besitzwillens.[4]) Im Einklang mit diesen Grundsätzen schuf die Kommission, entsprechend einer Anregung von seiten des preussischen Justizministers, die Bestimmung über das Besitzdienerverhältnis, wie sie in jetzigem § 855 gegeben ist.[5]) Wenn hier das Gesetz an die Tatsache, dass jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache in einem bestimmten Unterordnungsverhältnis zu einem Anderen ausübt, die Rechts-

---

[1]) Vgl. die Bemerkungen der Motive S. 110.

[2]) Vgl. die Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen Bd. III, S. 54 bis 56.

[3]) Vgl. Endemann, S. 129 bis 131.

[4]) Vgl. hierzu besonders Raape, a. a. O. S. 35 ff.

[5]) Vgl. Protokolle III. Bd., S. 31 in Verbindung mit S. 27.

folge knüpft: nur dieser Andere (als Besitzherr) ist Besitzer im Rechtssinne, so verfolgt es eben eine soziale Tendenz: es will mit Rücksicht auf die wechselseitige Bedingtheit von Wirtschaft und Recht die Rechtsstellung des Besitzdieners so normieren, dass diese dem in der Struktur der Wirtschaftsordnung begründeten Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners gegenüber dem Besitzherrn entspricht. Für die Abgrenzung des Besitzdienerbegriffs ist also allein das Moment der sozialen Unterordnung ausschlaggebend. Allerdings findet sich in den Protokollen (Bd. III S. 31) der Satz: „Entscheidend für das fragliche Verhältnis (des Besitzdieners) sei, dass dem, der den Besitz für den Anderen ausübe (also dem Besitzdiener), ein zivilrechtlicher Anspruch auf Behalten des Besitzes, insbesondere auch ein Retentionsrecht dem Besitzherrn gegenüber nicht zustehe." Indessen beruht diese Auffassung der Kommission[1]) zweifellos auf der Verwechslung von Ursache und Wirkung; denn das Fehlen des Retentionsrechtes kann doch nur als die Rechtsfolge des Besitzdienerverhältnisses und nicht als dessen Bestimmungsgrund gelten. Das in den vorhergehenden Erörterungen als Kriterium des Besitzdienerbegriffs festgestellte Moment der nach den sozialen Anschauungen begründeten Unterordnung des Besitzdieners unter den Willen des befehlsberechtigten Besitzherrn bietet einen festen Massstab für die Begrenzung des Kreises der „ähnlichen Verhältnisse", die § 855 der Unterordnung im Haushalt oder Erwerbsgeschäft eines Anderen gleichstellt. Die wichtigsten und zahlreichsten Fälle solcher „ähnlicher Verhältnisse" liegen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts.[2])

[1]) Der sich Meisner in seinem Kommentar Bd. III S. 8 anschliesst.

[2]) Vgl. F. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 64, Planck, III. Bd. S. 37.

So sind z. B. Soldaten und Beamte stets Besitzdiener hinsichtlich der ihnen zum Dienstgebrauch überlassenen Gegenstände.[1])

Von besonderer Bedeutung für die Bestimmung des Bereichs der hierher gehörigen Fälle ist die in der Besitzrechtsliteratur viel erörterte Frage,[2]) ob und eventuell inwieweit die Fälle der[3]) „momentanen Detention" als Besitzdienerverhältnisse zu beurteilen sind. Es handelt sich hier durchweg um den Tatbestand, dass jemand eine Sache unter Wahrung seiner unmittelbaren Herrschaft über dieselbe einem Anderen ganz vorübergehend überlässt,[4]) so z. B. wenn ein Gastgeber seinen Gästen Tische, Stühle und das Tafelgerät für die Zeit des geselligen Zusammenseins zur Verfügung stellt oder wenn der Zuschauer auf dem Rennplatz seinen Nachbarn vor dem Start das Rennprogramm zur Einsicht überlässt oder endlich wenn ein Reisender im Eisenbahnwagen seine Zeitung dem Mitreisenden leiht. In allen solchen Fällen „momentaner Detention" liegt richtiger Ansicht nach[5]) auf Seiten des augenblicklichen Inhabers der Sache weder Besitz, noch auch ein Besitzdienerverhältnis vor. Denn dieser Inhaber, in den genannten Beispielen also der Gast, der Nachbar des Zuschauers und der Mitreisende, hat die Sache des Anderen zwar in Händen, hat jedoch darüber nicht die „tatsächliche Gewalt" in dem

[1]) Vgl. wegen weiterer Beispiele Hess, S. 42, 43.

[2]) Vgl. über den Stand der Meinungen Hess, § 9, S. 51 ff.

[3]) Zuerst von Ihering (Besitzwille S. 512 ff.) so genannten.

[4]) Vgl. Hess, S. 51.

[5]) So: Hess, S. 53, R. Leonhard bei Eck, II. Bd. S. 9 Note 6, F. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 65 ff., Kipp, I. Bd. S. 786 und Biermann, Anm. 2a zu § 855. Anderer Meinung: hauptsächlich Planck, III. Bd. S. 37, Eck, a. a. O. S. 9, Strohal, S. 12, Matthias, II. Bd. S. 6, Oppenheim, S. 29, 30.

S. 13 dieser Arbeit gekennzeichneten Sinne der §§ 854, Abs. 1 und 855 B.G.B. Aber abgesehen davon fehlt bei der „momentanen Detention" gerade die Hauptvoraussetzung für die Annahme eines Besitzdienerverhältnisses: das Vorhandensein eines der Besitzdienerstellung im Haushalt oder Erwerbsgeschäft eines Anderen „ähnlichen Verhältnisses" sozialer Unterordnung des Inhabers gegenüber dem Besitzherrn. Mit Recht macht R. Leonhard a. a. O. gegen die unzutreffende Ausdehnung des Besitzdienerkreises auf die Fälle der „momentanen Detention" die aus dem Zweck des § 855 sich ergebende Folgerung geltend: „den § 855 möglichst eng auszulegen und nur da anzuwenden, wo es gilt, ein reines wirtschaftliches Unterordnungsverhältnis gegen Selbstherrlichkeitsgelüste des Untergebenen zu sichern".

Für die Abgrenzung des Besitzdienerbegriffs sind im Tatbestande des § 855 auch die Worte „für einen Anderen" von Wichtigkeit und hier noch der Erläuterung bedürftig. Das Gesetz will in dieser Wendung nicht etwa zum Ausdruck bringen, dass es auf den Willen des Besitzdieners, die tatsächliche Gewalt „für" d. h. im Interesse des Besitzherrn auszuüben, ankomme; denn, wie die Entstehungsgeschichte des Besitzrechts des B.G.B. nach unseren obigen Ausführungen lehrt, kennt das B.G.B. kein Erfordernis des „Besitzwillens" mehr und dementsprechend auch nicht das eines „Besitzdienerwillens". Vielmehr soll mit jenen Worten nur gesagt sein, dass der, welcher die tatsächliche Gewalt über die Sache eines Anderen in dessen Haushalt . . . . . ausübt, diesem Anderen gegenüber einerseits kein eigenes Recht auf den Gebrauch der Sache haben darf und dass er andererseits die tatsächliche Gewalt auch wirklich im Rahmen des sozialen Unterordnungsverhältnisses zu dem

Anderen ausübt.[1]) Deshalb bleiben z. B. die Dienstboten stets Besitzer ihrer eigenen Sachen, die sie in das Haus des Dienstherrn mitgebracht haben und hören andererseits auf, Besitzdiener an den dem Dienstherrn gehörigen und ihnen für ihre Verrichtungen zugewiesenen Gegenständen zu sein, sobald sie sich dieselben rechtswidrig zueignen; denn durch eine solche Handlung werden sie „Eigenbesitzer" der Sachen im Sinne von § 872 B.G.B.

Nach alledem lässt sich der Besitzdienerbegriff des B.G.B. in Anlehnung an die Fassung des § 855 dahin definieren: Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen auf Grund eines sozialen Unterordnungsverhältnisses zu diesem ausübt, so dass er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen unbedingt Folge zu leisten hat, der ist Besitzdiener nach § 855 B.G.B.

Vergleicht man hiermit den Tatbestand des Besitzmittlerverhältnisses nach § 868, dessen Kriterium, wie S. 17, 18 und 21 dieser Arbeit dargetan, in der auf einem genau fixierten Rechtsverhältnisse beruhenden, zeitlich begrenzten Gebundenheit des im übrigen selbständigen Besitzmittlers im Verhältnis zu „dem Anderen" zu finden ist, so sind zweifellos für die Unterscheidung von Besitzdiener und Besitzmittler im allgemeinen einfache und sicher festzustellende Kennzeichen gegeben. Mögen trotzdem auch vielleicht einmal Zweifel entstehen, ob das Verhältnis jemandes zur Sache eines Anderen in den Kreis von § 855 oder in den von § 868 fällt, so muss doch immerhin die pessimistische

---

[1]) Vgl. F. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 76, Planck, III. S. 37, Biermann, Anm. 2 c zu § 855 S. 11 und Hess, S. 49.

Äusserung Bekkers[1]) von der „Unmöglichkeit, allgemein durchschlagende Prinzipien zu der Frage, ob Besitzdiener oder Besitzmittler, ausfindig zu machen," als durchaus ungerechtfertigt gelten.

§ 4. 2. Isays Ansicht über Begriff und Rechtsstellung des Besitzdieners in kritischer Würdigung.

Wie bereits Seite 16 dieser Arbeit des näheren angegeben, geht Isay bei der Bestimmung des Kriteriums im Tatbestande des § 855 von der Auffassung aus, die Fälle des § 855 gehörten infolge der vermeintlichen Gleichheit der Tatbestandsmerkmale der §§ 855 und 868 zugleich in den Bereich von § 868. Gegen die Annahme F. Leonhards, dass das wesentliche Unterscheidungsmerkmal des Besitzdienerbegriffs gegenüber dem Besitzmittlerbegriff darin liege, dass der Besitzdiener nach den sozialen Anschauungen dem befehlsberechtigten Besitzherrn in der Ausübung der Sachgewalt gehorsamspflichtig sei, wendet er folgendes ein: Zunächst gäbe es Besitzdienerverhältnisse, in denen von dem Vorhandensein jenes Moments des Befehlsrechts und der Gehorsamspflicht keine Rede seine könne, z. B. bei den Vorständen einer Korporation hinsichtlich der Benutzung der Kontormöbel.[2]) Gerade dieses Beispiel ist zur Widerlegung der hier vertretenen Ansicht vom Kriterium des § 855 ganz ungeeignet; denn nach durchaus herrschender Ansicht in Theorie und Praxis befindet sich der Vorstand einer Korporation dieser gegenüber überhaupt nicht in einem Besitzdienerverhältnis bezüglich der Sachen, die der Korporation gehören.[3]) Ferner macht Isay der herrschenden

[1]) Vgl. Besitz beweglicher Sachen, S. 45.

[2]) Vgl. Isay, S. 284.

[3]) Vgl. die Entscheidung des Kammergerichts in Rechtspr. der O.L.G. Bd. 5, S. 148, in der eine genaue Übersicht über den Stand der Literatur zu dieser Frage gegeben ist.

Ansicht zum Vorwurf eine „schroffe Gegenüberstellung der privatrechtlichen Gebundenheit gegenüber der auf der Verkehrsanschauung beruhenden". Nach seiner Meinung ist erstere lediglich der rechtliche Niederschlag der letzteren. Das ist in dieser Allgemeinheit entschieden unzutreffend. Wie unrichtig Isay selbst das Verhältnis der durch eine bestimmte Rechtsbeziehung begründeten und der auf der Verkehrsanschauung beruhenden Abhängigkeit beurteilt, beweist seine Behauptung, die herrschende Ansicht müsse von ihrem Standpunkt den Beauftragten stets als Besitzdiener behandeln, da er doch den Weisungen des Auftraggebers Folge zu leisten habe (arg. ex § 665 B.G.B.), also gehorsamspflichtig sei. Die von Isay angegriffene herrschende Meinung unterscheidet indessen sehr genau, ob der Beauftragte dem Auftraggeber nach dem dem Auftrage zu Grunde liegenden Verhältnis sozial untergeordnet ist oder nicht, und leitet daraus folgerichtig ihre Entscheidung ab. Erteilt z. B. Fabrikbesitzer A einem seiner Angestellten B den „Auftrag", die eingegangene Geschäftskorrespondenz in der Postanstalt abzuholen, so wird B an den ihm dort ausgehändigten Geschäftsbriefen des A stets Besitzdiener, aber nicht auf Grund des Rechtsverhältnisses des Auftrags, sondern infolge seiner Stellung im Erwerbsgeschäft des A, vermöge deren er dem nach den sozialen Anschauungen befehlsberechtigten A untergeordnet ist. Beauftragt aber derselbe Fabrikbesitzer A seinen Bankier C gewisse bei ihm deponierte Aktien dem Notar D zu übergeben, so ist der C Besitzmittler des A auf Grund des Verwahrungsvertrages gemäss § 868 B.G.B., wird aber keinesfalls durch die Auftragserteilung zum Besitzdiener des A. Die hier angeführten Einwendungen gegen unsere Ansicht über das Kriterium des § 855 im Vergleich zu § 868 sind daher

hinfällig. Es fragt sich nunmehr: welches Moment ist nach Isays Auffassung ausschlaggebend für die Abgrenzung des Besitzdienerbegriffs?

Indem auch er von den in § 855 als für den Besitzdiener genannten typischen Beispielen ausgeht, findet er: Wenn der in einem offenen Laden Angestellte den Käufern Waren vorlegt, wenn der Knecht des Bauern auf dem Felde mit den Gerätschaften des letzteren arbeitet, kurz in allen Fällen des Besitzdienerverhältnisses[1]) ist der Umstand charakteristisch, „dass die Geschäftsführung des (von ihm hier als „Gestor" bezeichneten) Besitzdieners typisch aus einem objektiven äusseren Moment für Dritte erkennbar ist". Also bestimmt nach der nicht eben sehr durchsichtigen Definition von Isay die typische Offenkundigkeit der Geschäftsführung des Besitzdieners das Kriterium des § 855 gegenüber § 868 B.G.B. Zugegeben, dass die Eigenschaft einer Person als Besitzdiener bezüglich der Sache eines Anderen sehr häufig für Dritte erkennbar sein wird, aber ebenso oft wird es an der Offenkundigkeit fehlen, trotzdem die betreffende Person zweifellos Besitzdiener ist. Um ein Beispiel anzuführen: in sehr vielen Geschäftslokalen bedient der Prinzipal selbst neben seinen Angestellten die Kunden; wer will nun als Fremder bestimmen, ob der Verkäufer, der die Ware vorlegt, ein Angestellter, also ein Besitzdiener, oder der Prinzipal selbst, somit der Besitzherr ist?[2]) Worin liegt hier das objektive, äussere Moment, welches das Besitzdienerverhältnis für Dritte in typischer Weise erkennbar macht? Ein solches lediglich durch die sinnliche Wahrnehmung bestimmbares

[1]) Vgl. Isay, S. 285.

[2]) Vgl. wegen weiterer sehr beweiskräftiger Fälle: Hess, S. 35, 36.

Merkmal ist viel zu unsicher, um als Kennzeichen des Besitzdienerverhältnisses überhaupt, geschweige denn als das Unterscheidungsmerkmal des Besitzdiener- von dem Besitzmittlerverhältnis gelten zu können.[1]) Abgesehen davon findet sich im Gesetz selbst für eine solche Auffassung keinerlei Anhalt; vielmehr folgt im Gegenteil aus § 855, dass nicht die typische Offenkundigkeit des Besitzdienerverhältnisses, also die Stellung des Besitzdieners nach aussen, sondern das soziale Unterordnungsverhältnis, also die innere Beziehung des Besitzdieners zum Besitzherrn, für die Begriffsbestimmung ausschlaggebend ist.[2])

Die Auffassung Isays vom Kriterium des § 855 beeinflusst sehr wesentlich seine Stellungnahme zu der Frage nach der Rechtswirkung des Besitzdienerverhältnisses in Hinsicht auf die Beziehung zum Besitzherrn und zu Dritten.[3]) Zwar stimmt Isay in diesem Punkte insoweit mit der herrschenden Meinung überein, dass die Schlussworte des § 855: „So ist **nur** der Andere Besitzer" im Gegensatz zu denen des § 868 „So ist **auch** der Andere Besitzer" die grundverschiedene Rechtswirkung des Tatbestandes des Besitzdiener- und desjenigen des Besitzmittlerverhältnisses deutlich zum Ausdruck bringen. Die daraus von der herrschenden Ansicht notwendig gezogene Folgerung, dass nach § 855 nicht der Besitzdiener, sondern der Herr und allein dieser sowohl im Innenverhältnis, als nach aussen: Dritten gegenüber der Besitzer im Rechtssinne ist,[4])

[1]) Vgl. Gürke, Sachenrecht, S. 213, Anm. 10.

[2]) Vgl. Biermann, Anm. 2a zu § 855, S. 11.

[3]) Vgl. Isay a. a. O. S. 291. 292.

[4]) Vgl. besonders Endemann, S. 173, Crome, II. Bd., S. 24, 26, 29, F. Leonhard, Kritische Vierteljahresschrift, S. 423, 424 und Turnau-Förster, I. Bd., S. 65, No. 1.

will Isay nicht als „ohne weiteres gegeben“ anerkennen.[1]) Er will die Rechtsstellung des Besitzdieners verschieden beurteilt wissen, je nachdem es sich um dessen Innenverhältnis zum „Dominus“ oder um die Beziehung Dritten gegenüber handelt.

Indem Isay diese beiden Richtungen ins Auge fasst, kommt er zu dem Ergebnis:

„Der Sinn des § 855 gehe dahin, dass in den Fällen eines typischen offenkundigen Gestionsverhältnisses (gleich Besitzdienerverhältnis nach der Sprechweise von Isay) nach aussen sowohl Herr wie Gestor Besitz hätten, nach innen hin nur der Herr, nicht der Gestor Besitzer wäre. Man hätte also vor ‚uur‘ die Worte: ‚im Verhältnis zueinander‘ hinzuzudenken.“ Soweit Isay! Nach diesen Ausführungen Isays hätte man für die Auslegung des § 855 folgenden Wortlaut zu unterstellen: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder — — — in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist im Verhältnis zueinander nur der Andere Besitzer“. Gleichsam als ungeschriebenen Rechtssatz fügt Isay diesem an späterer Stelle hinzu[2]): „Auch der Gestor des § 855 (also der Besitzdiener) hat Dritten gegenüber, insoweit es sich lediglich um den Schutz, die rechtliche Anerkennung seiner tatsächlichen Gewaltsausübung handelt, Besitz.“ Die hieraus für die Passivlegitimation sich ergebenden Folgerungen, z. B. im Falle des § 861, müssen an späterer Stelle erörtert

[1]) Vgl. Isay, S. 291.

[2]) Isay, S. 292.

werden. Wie begründet nun Isay diese seine Ansicht, insbesondere woraus leitet er die Berechtigung her, für die Auslegung des § 855 die Schlussworte desselben durch den Passus „im Verhältnisse zueinander" ergänzen zu dürfen?

Isay beruft sich zunächst auf jene S. 26 dieser Arbeit im Wortlaut wiedergegebene und als rechtsirrtümlich nachgewiesene Äusserung der Kommission für die II. Lesung des Entwurfes eines B.G.B. Nach dieser Auffassung der Kommission sei, so meint Isay, „der entscheidende Unterschied zwischen § 855 und den anderen Gestionsfällen in der veränderten rechtlichen Wirkung gerade im Verhältnis von Gestor und Dominus gesucht worden." Allem Anscheine nach will Isay mit dieser nicht eben durchsichtigen Behauptung darauf hinauskommen, dass das Fehlen „eines zivilrechtlichen Anspruchs des Besitzdieners auf Behalten des Besitzes gegenüber dem Besitzherrn" [1]) für die Rechtslage des Besitzdieners im Innenverhältnis, d. h. zum Besitzherrn massgebend ist, dass dagegen das Fehlen eines solchen Anspruchs die Rechtsstellung des Besitzdieners Dritten gegenüber keineswegs berührt und deshalb die Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch ihn für den Besitzherrn Dritten gegenüber die rechtliche Anerkennung des „Besitzes" finden muss. Da Isay bei seiner hier in Rede stehenden Deduktion von einer, wie oben dargetan,[2]) falschen Voraussetzung ausgeht, so muss sein Ergebnis abwegig sein.[3]) Übrigens gibt Isay selbst zu,[4]) jene Auffassung der

[1]) so: Protokolle, III. Bd., S. 31.

[2]) Vgl. S. 26 dieser Arbeit.

[3]) Vgl. hierzu besonders Crome, II. Bd., S. 26, Note 32.

[4]) Vgl. Isay, S. 292, Note 1.

Kommission für die II. Lesung, wie sie die Protokolle an der genannten Stelle verzeichnen, sei in der Kommission „keineswegs die herrschende Ansicht" gewesen, fügt aber gleichzeitig hinzu, die entgegengesetzte Meinung eines erheblichen Teiles der Kommission könne gegenüber der aus dem „Gesetz geschöpften Auffassung nicht durchschlagen". Also bildet dieses neue selbständige Verteidigungsmittel den Hauptstützpunkt für die S. 16 genannte Isaysche These. Diese Erkenntnis, für die Isay das Gesetz und das allein als die Quelle bezeichnet, ist nun folgende[1]):

„Infolge der von Isay angenommenen „Gleichheit der Tatbestandsmerkmale in § 855 und § 868"[2]) gehörten die Fälle des § 855 ebenso unter § 868; der Tatbestand des § 855 sei der „engere" gegenüber dem des § 868, werde somit vom weiteren Tatbestande des § 868 mit umfasst." M. a. W.: § 855 sei die ‚lex specialis' gegenüber der ‚lex generalis' des § 868. Aus diesem rechtlichen Verhältnis der Tatbestände des § 855 und des § 868 zueinander leitet nun Isay die Folgerung her: „Insoweit sich aus § 855 sinngemäss eine abweichende Regelung nicht ergibt, insoweit beziehen sich die das Gebiet des § 868 umfassenden Normen auch auf die an sich ja darunter fallenden Tatbestände des § 855."

Nach Isays Ansicht ergibt sich aber „sinngemäss" aus § 855 nur insofern eine „abweichende Regelung" als man sich in den Schlussworten dieser Gesetzesbestimmung den Passus „im Verhältnis zueinander" hinzuzudenken hat und deshalb zu der Auslegung kommen muss, dass nur im

[1]) Vgl. Isay, S. 235.
[2]) Vgl. hierzu S. 16 dieser Arbeit.

Innenverhältnis zum Besitzherrn dem Besitzdiener Besitz und Besitzschutz vom Gesetz abgesprochen wird.

Isay bewegt sich bei diesen seinen Ausführungen in einem offensichtlichen circulus vitiosus. Er müsste zunächst beweisen, warum man denn eigentlich sich am Schluss von § 855 die Worte „im Verhältnis zueinander" hinzudenken soll, um zu der im Sinne Isays allein richtigen Auslegung dieser Gesetzesbestimmung zu gelangen. Auch für die juristische Hermeneutik gilt doch das Verbot: „Nichts verschweigen, aber auch nichts hinzusetzen! Wer trotzdem im Gesetz etwas hinzudenken will, muss seine Berechtigung hierzu eingehend begründen. Einen solchen Nachweis sucht man hier bei Isay vergebens. Gerade mit Hilfe der in Rede stehenden Behauptung, für die es im Gesetz an jeglichem Anhaltspunkt mangelt, und gestützt sodann auf die in unseren Ausführungen unter § 3 dieser Arbeit als unhaltbar nachgewiesene Hypothese, dass die Tatbestandsmerkmale in § 855 und in § 868 die gleichen seien und deshalb die Fälle des § 855 zugleich unter § 868 gehörten, will Isay seine Schlussfolgerung rechtfertigen: Der Besitzdiener habe Dritten gegenüber, soweit es sich um den Schutz, die rechtliche Anerkennung seiner tatsächlichen Gewaltausübung handele, stets „Besitz", insoweit also träfen die das Gebiet des Besitzmittlerverhältnisses umfassenden Rechtsnormen immer zugleich den an sich darunter fallenden Tatbestand des § 855. Mit Recht erklärt Crome namens der herrschenden Ansicht in Theorie und Praxis Isays Endergebnis: Dritten gegenüber Besitz für „unannehmbar".[1]) Es bedarf mit Rücksicht auf die voraufgegangenen Erörterungen keiner näheren Auseinandersetzung mehr darüber, weshalb Isays Versuch, die Wirkungen des Besitzdiener-

[1]) Vgl. Crome, a. a. O. S. 26 Note 32.

verhältnisses auf die innere Seite, die Beziehung zum Besitzherrn zu beschränken, Dritten gegenüber den Besitzdiener aber als Besitzer im Rechtssinne zu behandeln, an der kategorischen Bestimmung des § 855: So ist nur der Andere Besitzer, scheitern muss. Isays ganze Auffassung vom Begriff und der Rechtsstellung des Besitzdieners steht in offenem Widerspruch mit dem klaren Gesetzeswort des § 855, mit der Entstehungsgeschichte und nicht zuletzt mit der ausgesprochen „sozialen" Tendenz, die das B.G.B., wie in § 3 dieser Arbeit dargetan, mit der Norm des § 855 verfolgt.

§ 5. III. Vergleichender Rückblick auf die Rechtsstellung der Besitzdiener nach früherem Besitzrecht.

Ausgehend von dem Grundsatze, dass der Einblick in die geschichtliche Entwickelung des Besitzrechts, deren Abschluss gegenwärtig das B.G.B. bildet, die Erkenntnis des geltenden Rechts fördert, kommen wir nunmehr zur Erörterung der Frage: Wie hat das frühere Besitzrecht die Stellung der als „Besitzdiener" im heutigen Recht bezeichneten Personen geregelt?

1. Die im Gemeinen Recht[1]) herrschende, von Savigny in seinem Werk „das Recht des Besitzes" begründete Theorie lehrt in Anlehnung an Paulus l. 3 § 1, D. 41, 2[2]): Der Begriff der possessio, als des mit dem Interdiktenschutz ausgestatteten „juristischen" Besitzes, wird durch das Zusammenwirken der beiden Momente corpus und animus bestimmt. Und zwar bedeutet corpus nach Savigny[3])

[1]) Vgl. Kniep, S. 2 ff.

[2]) Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.

[3]) Vgl. Savigny a. a. O. S. 26.

„Die physische Möglichkeit auf die Sache unmittelbar zu wirken, und jede fremde Wirkung auf dieselbe auszuschliessen", Windscheid[1]) bezeichnet, indem er den zweiten Teil der Savignyschen Definition ablehnt, „corpus" schlechthin als „tatsächliche Gewalt", also mit dem vom B.G.B. in § 854 bis 856 beliebten Ausdruck für das Merkmal des Besitzes. Über die Beschaffenheit des zweiten Moments der possessio, über den animus possidendi oder den „Besitzwillen" herrscht lebhafter Streit,[2]) der wohl hauptsächlich auf die schwankende Ausdrucksweise der Quellen zurückzuführen ist. Überwiegend wird von den Pandektisten im Anschluss an Savigny ein „animus domini"[3]) gefordert, und von diesem Erfordernis allerdings gewisse Ausnahmen für die Fälle des „abgeleiteten Besitzes" zugelassen, worauf an dieser Stelle nicht einzugehen ist. Diejenigen Personen nun, welche, wie die heutigen Besitzdiener, zwar das corpus possidendi, aber nicht jenen animus domini haben, nennt die gemeinrechtliche Besitzlehre „Detentoren", während die römischen Quellen keine ausgeprägte Terminologie kennen und hier zumeist den Ausdruck „possessor naturalis (sc. tantum naturalis)" gebrauchen.[4])

Ihering, welchem wir in seinem Werke „Der Besitzwille" (1889) eine eingehende Darstellung der Geschichte des Detentionsbegriffs verdanken, weist als den „Ursitz" des Detentionsverhältnisses[5]) das national-römische Haus-

[1]) Vgl. I. Bd. S. 748 (§ 149).

[2]) Vgl. Meischeider, S. 8 ff.

[3]) Windscheid sagt: „Aneignungswille" d. h. ein Wille, wie ihn der Eigentümer haben darf (vgl. I. Bd. § 149), dahin gehend, die Sache in der Gesamtheit der Beziehungen für sich zu haben. Vgl. hierzu Endemann, S. 138, Anm. 17.

[4]) Vgl. Leonhard, Institutionen S. 252. Endemann, S. 137, Anm. 13.

[5]) Vgl. Ihering, Besitzwille S. 98 ff. insbesondere S. 103.

wesen nach; hier wurde der Besitz einer Sache für den paterfamilias durch seine Gewalt über die hausangehörigen Personen vermittelt, welche als Hauskinder, Sklaven u. a. m. eine Sache bei ihren Funktionen tatsächlich beherrschten. Diese Verhältnisse hausangehöriger Personen zu den in ihren Händen befindlichen Sachen nennt Ihering „häusliche Detention".[1]) Ungleich wichtiger ist jedoch für das römisch-Gemeine Recht ein zweiter Kreis von Detentoren, welcher hauptsächlich von den Mietern, Pächtern, Kommodataren, Mandataren und Depositaren gebildet wird.

Alle diese Detentionsfälle, beruhend auf gewissen Vertragsverhältnissen und deshalb von Ihering als „kontraktliche Detention" bezeichnet, verdanken ihre Ausbildung der eigentümlichen römischen Wirtschaftsverfassung,[2]) für welche die drückende soziale Abhängigkeit der coloni, der Pächter, von der als Verpächter in Betracht kommenden herrschenden Klasse charakteristisch ist. Diese „kontraktlichen Detentoren" gliedert Ihering[3]) wiederum in zwei Gruppen: die erste bilden die „prokuratorischen Detentoren", welche, wie Mandatare und Depositare, eine „Sache lediglich im Interesse des Besitzers inne haben wollen" und darin den vielgenannten „Prokuratoren" der römischen Quellen[4]) gleichen. Zu der letzteren Gruppe gehören Personen, welche, wie Mieter und Kommodatare, eine Sache (oder wohl besser deren Gebrauch) „im eigenen Interesse haben wollen"; diese nennt Ihering „selbstnützige Detentoren".

---

[1]) Ihering, Besitzwille S. 98 ff.

[2]) Vgl. Endemann S. 137, 138.

[3]) Ihering, Besitzwille S. 2.

[4]) Von denen Celsus in l. 18 pr. Dig. 41.2 sagt: procurator alienae possessioni praestat ministerium, entsprechend also dem heutigen Besitzdiener nach § 855.

Für die Bedeutung der Detention im Gemeinen Recht ist folgendes zu berücksichtigen: Zwar kennt dasselbe die dem national-römischen Recht eigentümlichen, hauptsächlich auf dem Sklavenrecht fussenden Verhältnisse der häuslichen Detention nicht mehr, indessen sind gerade die für § 855 B.G.B. typischen Fälle der Tätigkeit im Haushalt und Erwerbsgeschäft Anderer, soweit sie mit einer Sachherrschaft verbunden ist, sämtlich Detentionsfälle des Gemeinen Rechts, also auch eine Art „häuslicher" Detention. Da nun ferner die sehr zahlreichen „kontraktlichen" Detentionsverhältnisse für das Gemeine Besitzrecht in gleicher Weise wie für das klassisch-römische in Betracht kommen, so erreicht die Detention des Gemeinen Rechts einen Umfang, der, wie im reinen römischen Besitzrecht, weit über den Bereich des Besitzdienerverhältnisses nach dem B.G.B. hinausgeht. Diese Erwägungen bieten eine hinreichende Erklärung dafür, dass das römisch-Gemeine Recht die Passivlegitimation der Detentoren, wie später zu zeigen sein wird, überall da zulässt, wo es sich um Herausgabe der in ihren Händen befindlichen, von einem Dritten beanspruchten Sachen handelt, während das B.G.B. in diesen Fällen die Besitzdiener als Beklagte ausschliesst. (Näheres unten im II. Abschnitt dieser Arbeit.) Die vorstehenden Ausführungen über possessio und Detention, verglichen mit den obigen Erörterungen über Besitz und Besitzdienerverhältnis, beweisen zugleich, dass das B.G.B. sein Besitzrecht unter weitgehender Emanzipation von römischen Rechtsgedanken[1]) auf neue Grundlagen gestellt hat, entsprechend der Struktur der modernen Wirtschaftsordnung.

---

[1]) Vgl. Strohal, S. 3 und die von uns S. 24 und 25 behandelte Entstehungsgeschichte des Besitzrechts des B.G.B. im Verlauf der Vorarbeiten.

2. Im Rahmen dieser geschichtlichen Übersicht ist auch die Rechtslage der heute als Besitzdiener geltenden Personen im Herrschaftsgebiet der deutschrechtlichen Gewere zu betrachten.

So verschiedenartig auch die Ansichten über den Gewerebegriff sind,[1]) jedenfalls ist das Vorhandensein tatsächlicher Sachherrschaft entscheidendes Kennzeichen der Fahrnisgewere,[2]) also das gleiche Moment, welches das B.G.B. für den „Besitz" als wesentlich voraussetzt. Dagegen gilt für die Liegenschaftsgewere der Satz: Die Gewere an Liegenschaften ist eine „nutzliche"[3]) d. h. das in wirtschaftlicher Nutzung bestehende Machtverhältnis der Person zum Sachgut bildet hier das Kriterium der Gewere. Allenthalben setzt aber die Gewere an Fahrnis, wie an Liegenschaften die selbständige Ausübung der Sachherrschaft voraus. Daher „darbt" nach Sachenspiegel Lehnr. Art. 62 § 1 der unselbständige Verwalter einer Liegenschaft der Gewere, und ebenso fehlt die Gewere stets solchen Personen, die, wie das Gesinde, innerhalb des deutschen Hauswesens in abhängiger Stellung bewegliches Gut verwalten. Vgl. hierzu Sachenspiegel, III, Art. 6. Diese besitzrechtliche Behandlung untergebener Wirtschaftsorgane im deutschen Recht steht im Einklang mit den Grundsätzen des römischen Rechts von der „häuslichen" und der „prokuratorischen Detention".[4])

3. In den Kodifikationen der wichtigsten deutschen Partikularrechte beruht die Besitzordnung durchweg auf der Unterscheidung von „Besitz" und „Inhabung" im Sinne

[1]) Vgl. Endemann, S. 141 ff., Marck, a. a. O. S. 6 ff.
[2]) Vgl. besonders Endemann, S. 142.
[3]) Vgl. v. Amira, S. 129 a. f., Endemann, S. 142.
[4]) Vgl. hierzu Ihering, Besitzwille S. 98 ff.

des oben erörterten römisch-rechtlichen Gegensatzes von „possessio“ und „detentio“.[1]) Demgemäss bestimmt § 309 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs: „Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, heisst ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer“. Ebenfalls auf dem Boden der Savignyschen Besitztheorie steht das frühere sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863, dessen Definition von „Inhabung“ und „Besitz“ in seinem § 186 der vorgenannten des österreichischen Rechts genau entspricht, nur dass hier das Erfordernis des „Eigentumswillens“ als „Wille, an der Sache für sich das Eigentum auszuüben“ formuliert ist. Beiden Rechten ist eine Abstufung der Rechtsstellung des Inhabers auf Grund irgend einer Unterscheidung von Arten der Inhabung fremd. Daher stehen Personen, welche nach dem Tatbestande des § 855 des B.G.B. für das Deutsche Reich „Besitzdiener“ sind, nach dem Besitzrecht der hier angeführten Partikularrechte als „Inhaber“ auf der gleichen Stufe, wie z. B. die Mieter, Pächter, Verwahrer, denen der „Eigentumswille“ im Sinne der oben zitierten Besitzrechtsnormen gleichfalls fehlt, mögen diese sich im übrigen auch von den anderen Inhabern, den „Besitzdienern“ bezüglich des Verhältnisses zum „Besitzer“ wesentlich unterscheiden.

Auch die Besitzlehre des preussischen Allgemeinen Landrechts wird von der Unterscheidung zwischen Besitz und Inhabung (letztere hier „Gewahrsam“ genannt) beherrscht, doch hat das A.L.R. die das Kriterium des Besitzbegriffs bildende Willensrichtung des „Inhabers“ wesentlich anders

[1]) Vgl. die Zusammenstellung in den Motiven zum B.G.B. III. Bd. S. 81 und 82, ferner: Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht, S. 1 bis 16, S. 95.

als die im Gemeinen Recht herrschende Besitztheorie bestimmt.[1]) Der Auffassung Dernburgs vom „animus rem sibi habendi“ entsprechend, fordert das A.L.R. in §§ 3 und 6, I, 7 für den Besitzerwerb nur die „Absicht“ des Inhabers einer Sache, „darüber für sich selbst zu verfügen“; es unterscheidet im übrigen aber zwischen „vollständigem“ und „unvollständigem“ Besitz, je nachdem der Inhaber den „Eigentumswillen“ im Sinne der vorerwähnten Partikularrechte hat oder die „Absicht“ des Inhabers nur darauf gerichtet ist, unter Anerkennung fremden Eigentums irgendwie für sich selbst über die Sache zu verfügen.[2]) Dadurch hat das A.L.R. der „selbstnützigen Detention“ der Mieter und Pächter die Anerkennung als „unvollständigen Besitz“ (§ 6, I, 7) gewährt, im Gegensatze zu dem Standpunkt des Gemeinen Rechts und der oben genannten Kodifikationen deutscher Partikularrechte. Dagegen stimmt es in der rechtlichen Behandlung der „Besitzdiener“ des deutschen B.G.B. mit jenen anderen Rechten überein, indem es in § 2 A.L.R. I, 7 anordnet: „Auch der ist ein blosser Inhaber, der eine Sache nur in der Absicht, darüber für einen Anderen oder in dessen Namen zu verfügen, in seinem Gewahrsam hat.“ Abweichend vom A.L.R. erfolgte die Regelung des Besitzrechts im I. Entwurf zum deutschen B.G.B. unter dem unmittelbaren Einflusse der durch Savigny zur Herrschaft gelangten Besitztheorie. Über die Wandlungen im Verlaufe der weiteren Vorarbeiten zum B.G.B. vgl. die obigen Ausführungen S. 24 bis 26.

Wir haben nunmehr die grundlegenden Erörterungen über den Begriff und die Rechtsstellung des Besitzdieners nach § 855 B.G.B. beendet und den Zusammenhang mit

[1]) Vgl. Förster-Eccius S. 18, 19.
[2]) Vgl. Randa, a. a. O. S. 17, Note 13.

dem früheren Recht durch einen vergleichenden geschichtlichen Rückblick hergestellt. Damit ist die notwendige Vorfrage unserer Arbeit erledigt, und wir wenden uns nunmehr der Bearbeitung des eigentlichen Themas zu:

„Welche Rechte hat der Eigentümer oder der frühere Besitzer gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers?"

Bestimmend für den Gang der weiteren Auseinandersetzungen ist zunächst die oben kritisch beleuchtete These von Isay: „Auch der Besitzdiener hat Dritten gegenüber in Bezug auf die rechtliche Anerkennung seiner tatsächlichen Gewalt über eine Sache Besitz." Dazu kommt hinzu die für den Fall des § 861 im Ergebnis mit Isay übereinstimmende Ansicht Gärtners, auf die bereits an früherer Stelle hingewiesen wurde.[1])

Diese beiden Momente veranlassen uns, die vorliegende Frage unserer Arbeit im Rahmen derjenigen Rechtsbehelfe zu erörtern, welche das B.G.B. dem Eigentümer und dem früheren Besitzer gegen den jetzigen Besitzer gewährt, und dabei im einzelnen die geschichtliche Entwickelung zu berücksichtigen.

---

2. Abschnitt.

Die Rechte des Eigentümers und des früheren Besitzers gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers.

I. Die possessorischen Rechtsmittel.

Unter diesem Titel behandeln wir diejenigen Rechtsmittel, welche recuperandae possessionis causa dem früheren

---

[1]) Vgl. S. 3 der Arbeit.

Besitzer als solchen, d. h. ohne Rücksicht auf ein Recht zum Besitz, gegeben und denen gegenüber der angegriffenen, jetzt im Besitz befindlichen Partei Geltendmachung eines Rechts zum Besitze (etwa im Wege der Einrede) versagt sind. Hier gilt es, die Anwendung dieser possessorischen Rechtsmittel gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers zu prüfen. Der Eigentümer kann unter den soeben aufgestellten Voraussetzungen für diese Rechtsbehelfe nur in seiner Eigenschaft als früherer Besitzer aktiv legitimiert sein; war er noch nicht Besitzer, so kann er sich jener Rechtsmittel nicht bedienen. Wir erörtern nunmehr, beginnend mit einer geschichtlichen Übersicht:

§ 6. 1. Das Wiederbemächtigungsrecht.[1])

a) Das römische Recht kennt ein besonderes Vertreibungsrecht des von seinem Grundstück dejizierten Besitzers gegen den Eindringling in der Form einer erweiterten Selbsthilfe. Der leitende Grundsatz wird in l. 3 § 9 D. 43, 16 dahin ausgesprochen: „non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si quis deiectus fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti.“ Wie sich aus dem weiteren Inhalt dieser Quellenstelle ergibt, handelt es sich hier um das Vertreibungsrecht bei gewaltsamer Okkupation eines Grundstücks. Das Gesetz verlangt also in einem solchen Falle, dass die Gegen-Dejektion durch den Besitzer unmittelbar auf die Okkupation seitens des Eindringlings erfolge.[2]) Vgl. auch l. 17 D. h. A.: „in ipso congressu.“ Wird ein Grundstück von einem Eindringling ohne Wissen des Besitzers, also heimlich okkupiert, wie in dem treffenden Beispiel von Ulpiom l. 6, § 1, D. 41, 2, so gilt die

[1]) Über diese Terminologie vgl. Dr. Schmelzer, S. 3, am Ende.
[2]) Vgl. hierzu Wendt, Faustrecht, S. 117 ff.

besondere Rechtsregel des § 3 in l. 18, D. 41, 2: „Si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, — — — facile expulsurus finibus, simul sciero.“ Danach soll der verdrängte Besitzer sofort nach erlangter Kenntnis von der heimlichen Okkupation seines Grundstücks die Vertreibung des Eindringlings vornehmen dürfen. Die enge zeitliche Verbindung von Okkupation und Gegen-Dejektion hat im römischen Recht die Auffassung gezeitigt,[1]) dass diese Gegen-Dejektion seitens des Besitzers nur scheinbar eine Vertreibung des Okkupanten, in Wahrheit aber ein Verteidigungsakt des Besitzers gegen eine noch unfertige Besitzentziehungs-Handlung des Okkupanten darstellt. Aus solchen Erwägungen heraus sagt l. 25 § 2 D. 41. 2: „usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat — — — qui ingressus est in possessionem.“ Mithin tritt Besitzverlust des heimlich Dejizierten erst ein, wenn er nach erlangter Kenntnis zur Wiederbemächtigung schreitet, jedoch zurückgeschlagen wird; dann gilt der Besitz als gewaltsam entzogen nach l. 6 § 1 D. 41, 2 (in fine).[2]) Besitzverlust kann in solchem Falle naturgemäss auch dann eintreten, wenn der Versuch der Wiederbemächtigung überhaupt nicht erfolgt. Die hier genannte Regel von der Fortdauer des Besitzes ist wichtig für das interdictum Unde Vi, wie unten zu zeigen sein wird. Zwar haben nun die römischen Quellen ein Wiederbemächtigungsrecht nur für Grundstücke, nicht zugleich auch für bewegliche Sachen entwickelt; indessen daraus die Folgerung herzuleiten, dass die gewaltsame Wiederabnahme entrissener oder entwendeter Mobilien nach römischen Recht als unerlaubte Selbsthilfe des Besitzers zu behandeln sei, dürfte,

[1]) Vgl. Wendt a. a. O., S. 117, Bähr, S. 258.
[2]) Vgl. hierzu Windscheid, I. Bd. S. 804, Note 8.

wie Wendt (Faustrecht, S. 119) sehr richtig betont, dem „Geiste“ des römischen Rechts nicht gerecht werden.[1]) Das hier dargestellte Wiederbemächtigungsrecht richtet sich gegen jeden Okkupanten, mag er die Dejektion des Besitzers mit animus possessoris oder als Detentor für einen Anderen vornehmen. Die vorstehenden Grundsätze des besonderen Besitz-Selbsthilferechts gelten auch im Gemeinen Recht.[2])

Im deutschen Recht gilt die Regel des Art. 70, Sachsensp. II. Buch: „Man en sal niemane wîsen von sûme gûte, daz her in geweren hât ime an werde die gewere mit rechte abgewunnen.“ Vermöge seiner grundsätzlichen Anerkennung des Faust- und Fehderechts hat das Deutsche Recht hier dem Entwerten sehr viel weiterreichende Selbsthilfe-Befugnisse zur Wiedererlangung des entzogenen Gutes gegeben, als das römische Recht. So darf der mit Unrecht „von seinem Gute Gewiesene“ drei Tage und Nächte die Gewalt des Entwerers mit Gewalt vergelten,[3]) und gelingt ihm in dieser Zeit die Wiedererlangung der Gewere an seinem Gute, so gilt, analog der oben genannten römisch-rechtlichen Bestimmung über die Besitzesfortdauer, die Gewere als durch jene Entziehung nicht unterbrochen.

§ 7. b) Das Wiederbemächtigungsrecht ist im B.G.B. geregelt durch § 859, Abs. 2—4. Da der letzte Absatz für den vorliegenden Fall belanglos ist, so bilden den Gegenstand unserer gegenwärtigen Erörterung folgende Bestimmungen:

§ 859, Abs. 2: „Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittelst verbotener Eigenmacht weggenommen, so

[1]) Vgl. auch Bähr, S. 258.
[2]) Vgl. Bähr, S. 258, 259.
[3]) Vgl. von Amira, § 66 am Ende.

darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen."

§ 859, Abs. 3: „Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wiederbemächtigen."

Vorausgesetzt wird also in beiden Fällen „verbotene Eigenmacht". Die Merkmale, nach denen die Entziehung fremden Besitzes verbotene Eigenmacht im Sinne des B.G.B. darstellt, sind in folgender Legaldefinition des § 858, Abs. 1 zusammengefasst:

„Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht . . . , handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht)."

Danach verlangt das B.G.B. zunächst eine Entziehung „ohne Willen" des bisherigen Besitzers, d. h. wenn eine Zustimmung des Besitzers im Augenblick der Vornahme der fraglichen Handlung nach den allgemeinen Grundsätzen des Verkehrs nicht vorhanden ist, mag nun der Mangel der Zustimmung aus Verbotserklärungen des Besitzers oder auch nur aus „konkludenten Tatsachen" ersichtlich sein.[1]) Jedoch kommt es auf die mangelnde Zustimmung des Besitzers nicht an, wenn „das Gesetz die Entziehung gestattet". Welche Vorschriften jemandem die Erlaubnis erteilen, fremde Sachen in Besitz zu nehmen, ist Auslegungsfrage[2]) und hier nicht näher zu prüfen. So kommen, um nur die wichtigsten Beispiele zu nennen, für das B.G.B. namentlich die Bestimmungen über erlaubte Selbsthilfe: § 229 ff.; § 561, Abs. 1; § 704, Satz 2; § 904 (Nothilfe), ferner aus der C.P.O. in erster Linie die Vorschriften über Zwangs-

[1]) Vgl. Dr. Schmelzer, S. 16 ff. Ungerer, S. 38.
[2]) Vgl. Planck zu § 858 Anm. 1c. S. 44.

vollstreckung in Betracht.[1]) Nach Massgabe der soeben aufgestellten Merkmale fällt jede objektiv widerrechtliche Entziehung des Besitzes unter den Begriff der verbotenen Eigenmacht des § 858 B.G.B.;[2]) darüber hinaus wird ein subjektiv widerrechtliches Handeln, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Eigenmächtigen nicht verlangt,[3]) kommt vielmehr nur für eventuelle Schadensersatzansprüche aus § 823 B.G.B. in Frage.

Demgegenüber will Gärtner (S. 164 ff.) nur bei subjektiver Widerrechtlichkeit des Täters verbotene Eigenmacht als vorliegend ansehen, indem er geltend zu machen sucht: „Zunächst spreche der Ausdruck „Verbieten" in § 858 für das Erfordernis bewusst eigenmächtigen Handelns. Ferner solle nach §§ 992 und 2025 derjenige, welcher sich durch verbotene Eigenmacht Besitz verschafft habe, gemäss den Vorschriften über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haften; für diese aber sei Verschulden vorausgesetzt." Darauf ist zu erwidern: Der Hinweis auf die Verwendung des Ausdrucks „Verbieten" in der obigen Legaldefinition des § 858 ist „blosse Wortspielerei";[4]) sodann aber lässt sich aus dem Umstande, dass in §§ 992 und 2025 die Bestimmungen über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung im besonderen für anwendbar erklärt sind, durch argumentum a contrario schliessen, dass ohne jene Vorschriften eben mit Rücksicht auf die in § 858, Abs. 1, fehlende Voraussetzung des Verschuldens die Normen über Schadensersatz nicht zur Anwendung kämen. Die hier vertretene Auffassung, dass lediglich objektive Widerrechtlich-

[1]) Vgl. die Übersicht bei Ungerer, S. 37, 38.
[2]) Vgl. insbesondere Biermann, zu § 858, Anm. 1, S. 16.
[3]) Vgl. Crome, III. Bd., S. 60, Anm. 3 und S. 68, Anm. 8.
[4]) Vgl. Ungerer, S. 39, Note 133.

keit genügt im Tatbestande des § 858, ist übrigens durchaus herrschende Meinung,[1]) der sich auch das Reichsgericht in Bd. 55 No. 14 seiner Entscheidungen angeschlossen hat.

Verbotene Eigenmacht nach § 858 kann auch ein Besitzdiener verüben, gegen den Besitzherrn wie gegen Dritte. Entzieht der Besitzdiener auf solche Weise einem Dritten den Besitz und erlangt er dadurch die tatsächliche Gewalt über die Sache dieses Dritten, so erwirbt der Besitzherr[2]) und nur dieser jetzt den Besitz (§ 855!), wofern nur der Besitzdiener in eben dieser Eigenschaft handelte und nicht etwa als Dieb die fremde Sache in Eigenbesitz nahm. Dabei[3]) kommt es auf das Wissen des Besitzherrn von der eigenmächtigen Erlangung der Sachgewalt durch den Besitzdiener nicht an.

Der aus seiner Besitzstellung Verdrängte hat nun, wie schon oben erwähnt, ein Wiederbemächtigungsrecht in Gestalt sachlich erweiterter, wenn auch zeitlich beschränkter Selbsthilfe gegen den Täter als solchen, daher auch gegen den Besitzdiener, welcher für den gegenwärtigen Besitzer verbotene Eigenmacht durch Besitzentziehung verübt hat. Wie die oben angeführten Bestimmungen des § 859 zeigen, ist das Wiederbemächtigungsrecht für bewegliche Sachen und für Grundstücke verschieden geregelt.

„Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittelst verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen (§ 859, Abs. 2)." Da hier dem

---

[1]) Vgl. für den Stand der Literatur: Ungerer, S. 59, Note 133.

[2]) Vgl. Biermann, zu § 855, Anm. 4, S. 11, 12. Regelsberger, S. 427, 428.

[3]) Vgl. auch Staudinger-Kober, S. 11 oben.

Besitzer die Anwendung von Gewalt zur Wiedererlangung der Sache schlechthin gestattet ist, so darf er je nach den Umständen des Falls auch gegen die Person des Täters Gewalt üben,[1]) freilich nicht über das durch die Sachlage bedingte Mass hinaus. § 859, Abs. 2 hat dieses „Recht der Spurfolge“[2]) zeitlich eng begrenzt, indem er die gewaltsame Wiederabnahme der Sache nur gegenüber „dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter“ zulässt.[3]) Der Besitzer muss daher die Wegnahme der Sache entweder sofort nach ihrer Vollziehung durch den Eigenmächtigen entdeckt oder die Verfolgung noch „in ipso congressu“ begonnen haben. Unter dieser Voraussetzung darf alsdann der Besitzer die Wiedererlangung der Sache mit allen Mitteln gegen den Täter betreiben und braucht bei der Verfolgung auch nicht vor der Behausung des letzteren Halt zu machen, grobe Gewalttätigkeit hat er natürlich zu unterlassen.[4])

Was nun das Wiederbemächtigungsrecht für Grundstücke anlangt, so bestimmt § 859, Abs. 3: „Wird dem Besitzer eines Grundstückes der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wiederbemächtigen.“ Bezüglich der Anwendung von Gewalt gilt hier dasselbe wie für § 859, Abs. 2.

---

[1]) Vgl. Eck, Vorträge, S. 30, II. Bd., Dr. Schmelzer, S. 30 und 42.

[2]) Vgl. Kober, zu § 859, Anm. 2.

[3]) Mit gutem Grunde! Die Gewährung des Faustrechts für längere Zeit nach der Besitzverdrängung würde mehr eine Gefährdung als eine Wahrung des Rechtsfriedens bedeuten. Vgl. Crome, III. Bd., S. 66 oben.

[4]) Vgl. Eck, II. Bd., S. 30, Ungerer, S. 56, Crome, III. Bd., S. 66, Anm. 13.

Während nun das B.G.B. den Begriff der verbotenen Eigenmacht über die Fälle der römischen „deiectio vi aut clam“ ausgedehnt hat, schränkt es das Wiederbemächtigungsrecht für Grundstücke gegenüber dem römischen Recht ein.[1]) Denn es verlangt von dem vertriebenen Besitzer, „sofort nach der Entziehung“, also nicht erst nach erlangter Kenntnis von der Entziehung, wie im römischen Recht, zur Entsetzung des Eindringlings zu schreiten. Zwar fordert also das B.G.B. eine unmittelbare Aufeinanderfolge von Entziehung und Wiedervertreibung, indessen wird man, wie in der Literatur allgemein angenommen wird, jenes „sofort“ nicht zu eng auslegen dürfen.[2]) Insbesondere wird man mit Bekker (Besitz beweglicher Sachen, S. 13, 14) dem verdrängten Besitzer ein „modicum tempus“ gewähren müssen, um die zur Wiederbemächtigung erforderlichen Massnahmen treffen zu können, wenn dies nur mit solcher Beschleunigung geschieht, dass der Besitz des Eigenmächtigen inzwischen „noch nicht zu einem gefestigten“ Zustand[3]) geworden ist.

Als Subjekt des Wiederbemächtigungsrechts wird in § 859, wie bereits als Betroffener bei der verbotenen Eigenmacht in § 858, der „Besitzer“ schlechthin genannt. Im vorliegenden Falle, also gegenüber dem Besitzdiener des jetzigen Besitzers kommen von den verschiedenen Arten der Besitzer im B.G.B. in Betracht: in erster Linie der „Eigenbesitzer“[4]) (§ 872) und der unmittelbare „Fremdbesitzer“ (Besitzmittler des § 868), ferner der „Erbbesitzer“

[1]) Vgl. Dr. Schmelzer, S. 45, 46.

[2]) Vgl. Biermann, zu § 859 Anm. 3. Leonhard bei Eck, II. Bd. S. 31, Note 3, auch Crome, III. Bd., S. 66, Note 16.

[3]) Vgl. Biermann, Anm. 3 b a. a. O.

[4]) Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht, § 13, S. 46.

gemäss § 857,[1]) der „Teilbesitzer“ (§ 865), sowie der „Mitbesitzer“ des § 866, da die für letzteren in § 866 aufgestellte Ausnahme vom Besitzschutz hier nicht Platz greift. Dagegen steht der richtigen Meinung nach das Wiederbemächtigungsrecht des § 859 dem mittelbaren Besitzer nicht zu, auch nicht in unserem Falle. Diese Frage ist allerdings sehr bestritten in der Literatur.[2]) Auf die Einzelheiten des Streites einzugehen, gehört nicht in den Rahmen der vorliegenden Aufgabe. Für die hier vertretene Auffassung sprechen folgende Erwägungen: Schon die Kommission für die zweite Lesung erklärt es für „gänzlich überflüssig, dem mittelbaren Besitzer auch das dem Besitzer nach § 815 (heute § 859) zustehende Selbsthilferecht zu gewähren“.[3]) Ähnlich die Denkschrift S. 111, mit Berufung auf die Gewährung der allgemeinen Selbsthilfe in § 229 ff. Massgebend ist jedoch § 869, Satz 1: „Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu.“ Aus dieser Bestimmung, welche dem mittelbaren Besitzer die Ansprüche aus dem Besitz expressis verbis gewährt, ergibt sich ein „durchschlagendes argumentum a contrario“[4]) gegen die Einräumung des besonderen Selbsthilferechts (nach § 859) an den mittelbaren Besitzer, welchem soweit nur die allgemeinen Selbsthilfebefugnisse zustehen (§ 229 ff.).[5]) Freilich ist der mittelbare Besitzer „auch“ Besitzer gemäss § 868; aber diese Anerkennung seines Besitzes schliesst nicht notwendig die Verleihung

[1]) Vgl. Ungerer, S. 18 ff., S. 53.

[2]) Vgl. die Übersicht bei Ungerer, S. 47 und 53, und Crome, III. Bd., S. 65 Note 50 sowie S. 64 Note 43, auch Kipp, I. Bd., S. 798.

[3]) Vgl. Protokolle 3. Bd. S. 226.

[4]) Vgl. Enneccerus-Lehmann, 2. Aufl., Bd. 2, S. 78.

[5]) Vgl. Crome, III. Bd., S. 76, Note 1.

des vollen Besitzschutzes in sich, da „Besitz“ und „Besitzschutz“ nicht „identisch“[1]) sind.

§ 8. 2. Die rekuperatorischen Besitzklagen.

Welchen Voraussetzungen die nunmehr zu behandelnden Besitzklagen entsprechen müssen, um hier als possessorische Rechtsbehelfe in Betracht zu kommen, ist in der Einleitung zum 2. Abschnitt (S. 24/25) auseinandergesetzt worden.

a) Das römische Recht kennt nur eine rekuperatorische Besitzklage,[2]) bei welcher alleiniger Klagegrund der frühere Besitz und bei der eine Einwendung aus dem Recht unzulässig ist: das interdictum Unde Vi. Dasselbe wird im Justinianischen Recht dem juristischen Besitzer eines Grundstücks gegeben, wenn ihm der Besitz seitens eines Okkupanten durch „vis atrox“ entzogen ist, vgl. l. 1, § 3; l. 1, § 23, D. 43, 16. Für den Fall einer heimlichen Okkupation eines Grundstücks hat man vielfach ein besonderes[3]) „interdictum de claudestina possessione“ angenommen, doch ist ein solches Interdikt nicht als quellenmässig nachgewiesen anzusehen. Für seine Entbehrlichkeit spricht auch der oben (S. 27) genannte und erläuterte Rechtssatz von der Fortdauer des Besitzes bei heimlicher Entsetzung, vgl. besonders den Schlußsatz von l. 6, § 1, D. 41, 2. Zu Unrecht[4]) hat man ferner behauptet, das interdictum Unde Vi sei in der Kaiserzeit nach Konstantin als „momentariae possessionis actio“ auf jede Art der Besitzentziehung gegen oder ohne Willen des Besitzers ausgedehnt und sogar bei der Wegnahme von Mobilien gegeben worden. Die Lücke,

[1]) Vgl. R. Leonhard bei Eck, II. Bd., S. 36, Note 2.

[2]) Vgl. Gärtner, S. 5 ff., S. 20.

[3]) Vgl. Gärtner, S. 24, Windscheid, I. Bd., S. 824, Anm. 2.

[4]) Vgl. Windscheid, Bd. I, 824, Note 4 und 5. Dernburg, Pandekten, Bd. I, S. 438.

welche das römische Recht hinsichtlich der rekuperatorischen Besitzschutzmittel für Mobilien allerdings aufweist, musste eben durch andere Rechtsbehelfe, vor allem durch die condictio possessionis mit ihrem weiten Geltungsbereich ausgefüllt werden. Auf die Einzelheiten bei dem interdictum Unde Vi kann im Rahmen dieser geschichtlichen Übersicht nicht eingegangen werden. Von Interesse für die vorliegende Frage ist allein die Regelung der Passivlegitimation beim Interdikt. Die Klage richtet sich zunächst gegen den Dejicienten als solchen,[1]) d. h. ohne Rücksicht darauf, ob dieser selbst oder ein Dritter durch die Dejektion Besitz erlangt, ob der Dejicient den Besitz wieder aufgegeben oder ihn verloren hat, vgl. l. 1 § 42 D. 43, 16. Ferner sind rechte Beklagte auch diejenigen Personen, welche kraft Gesetzes für die Handlungen Anderer verantwortlich sind, so der dominus im Falle einer von seinem Sklaven verübten Dejektion, der paterfamilias, wenn Hauskinder einen Dritten dejizieren usw., vgl. l. 1 § 13, § 15—20, D. 43, 16. Das Interdikt geht auf Restitution des entzogenen Besitzes sowie auf Leistung des vollen Schadensersatzes, doch nach Ablauf eines annus utilis vom Zeitpunkt der Dejektion nur auf die beim Beklagten vorhandene Bereicherung. Diese letztere Haftung gilt auch für die Gewaltinhaber, ohne deren Wissen oder Willen Gewaltunterworfene Dejektionen verübt und für ihre domini dadurch Besitz erlangt haben, vgl. l. 1, § 15, 19, 20, D. 43, 16 und[2]).

Im Gemeinen Recht gesellte sich zu dem interdictum Unde Vi durch die Rezeption auch die actio spolii,[3]) welche durch die Theorie und Praxis des kanonischen Rechts aus

[1]) Vgl. Gärtner, S. 28 ff.
[2]) Meischeider, S. 460 ff., über die einzelnen Fälle.
[3]) Vgl. Gärtner, S. 7.

der exceptio spolii entwickelt und zu einer besonderen possessorischen Klage auf Wiedererlangung entzogenen Besitzes ausgebildet worden war.[1]) Die hier genannte exceptio spolii stammt aus dem Canon Redintegranda der Pseudo-Isidorischen Dekretalen und ist von Gratian in sein Dekret aufgenommen worden. Als eine kirchenpolitische Massregel zum Schutze vertriebener und dann mit einer Kriminalklage belangter Bischöfe gewährt diese Einrede einem spoliierten Bischof das Recht, die Einlassung auf die Kriminalklage solange zu verweigern, bis ihm durch die Kirchengewalt die ihm gewaltsam oder auf sonstige Weise entzogenen Sachen restituiert wären. Diese Einrede und das mit ihr verbundene, auf Wiederherstellung des aufgehobenen Besitzstandes gerichtete Klagerecht wurden durch die Kanonisten nach Gratian zunächst auf alle Kleriker ausgedehnt,[2]) sodann aber unter dem sichtlichen Einfluss römischer Rechtsanschauungen in ein Institut des Zivilrechts umgebildet. Alsbald trennte man die exceptio spolii von dem mit ihr zusammenhängenden Klagerecht und verselbständigte letzteres zu einem besonderen rekuperatorischen Besitzschutzmittel des kanonischen Rechts, indem man die verschiedenen Restitutionsklagen des römischen Rechts zu diesem neuen Klagegebilde verschmolz, welchem der Name Condictio ex Canone gegeben wurde.[3]) Diese Condictio wurde zuerst im 16. Jahrhundert in der Praxis der Rota, dann seit dem 17. Jahrhundert auch in Deutschland allgemein actio spolii genannt und erhielt durch Theorie und Praxis allmählich eine Ausgestaltung, welche weit über die Grenzen rekuperatorischen Besitzschutzes

[1]) Vgl. Gärtner, S. 9 ff., Endemann S. 138, 139.
[2]) Vgl. Gärtner, S. 10 ff.
[3]) Vgl. Gärtner, S. 11.

hinausging. Erst infolge der lebhaften Opposition von Böhmer und besonders von Savigny wurde der Herrschaftskreis der Spolienklage bedeutend eingeschränkt, indem man dieselbe mehr und mehr dem römischen Interdikt anzupassen suchte.[1])

In der Gestalt, welche die Spolienklage schliesslich im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts annahm, ist sie eine possessorische Klage in dem oben erläuterten Sinne,[2]) gerichtet auf Wiedererlangung entzogenen Besitzes. Ihr fehlt das Erfordernis der „vis atrox" des interdictum Unde Vi, indem bei der actio spolii jede unbefugte Besitzentziehung ohne Willen des bisherigen Besitzers Klagegrund ist. Vor allem jedoch unterscheidet sie sich von dem Interdikt dadurch, dass zu ihrer Anstellung auch der „selbstnützige Detentor" im Sinne Iherings (vgl. oben S. 21) legitimiert, und dass sie auch bei Entziehung von Mobiliarbesitz gegeben ist. Mit der Spolienklage kann belangt werden: sowohl der Spoliant selbst, als auch dessen Erbe und jeder Dritte, welcher als spolii conscius die Sache erworben hat. Daher ist als Spoliant auch der blosse Detentor, entsprechend dem römischen interdictum Unde Vi, passiv legitimiert; anders der Besitzdiener im B.G.B gegenüber der Besitzklage aus § 861, wie unten zu zeigen sein wird. Das petitum der Spolienklage bilden wie beim Interdikt Restitution und Schadensersatz. Über eine Besonderheit hin sichtlich der Beweislast vgl. Bruns, S. 251.

Im Gemeinen Recht bestehen das interdictum Unde Vi und die actio spolii als rekuperatorische Besitzklagen in

---

[1]) Vgl. Bruns, S. 226 ff. Endemann S. 139, Anm. 21.

[2]) Insbesondere hinsichtlich des Verbotes der Vorbringung der exceptio dominii durch den Beklagten, vgl. Endemann, S. 140, und Dernburg, Pandekten, I. Bd., S. 439 ff.

ihrer durch die geschichtliche Entwickelung erhaltenen Form nebeneinander oder,[1]) „besser gesagt, sie bilden eine Klage, welche sich auf das römische Recht gründet, aber durch das kanonische Recht Erweiterungen erfahren hat.“

Das deutsche Recht kennt keine besonderen possessorischen Klagen in dem hier angewandten Sinne.[2]) Über die Gewere wurde im Hauptprozess um das Recht selbst entschieden. Doch findet sich ein Vorverfahren possessorischen Charakters, so auch namentlich im Falle gewaltsamer Vertreibung aus der Gewere eines Grundstücks. Hier kann der Vertriebene die vorläufige Einweisung in die Gewere (ein Fall der „ideellen“ Gewere!) verlangen, wenn er die gewaltsame Entwerung durch den Beklagten nachzuweisen vermochte.

§ 9. b) Nach dem Vorbilde der gemeinrechtlichen[3]) rekuperatorischen Besitzklage des 19. Jahrhunderts gewährt das B.G.B. in § 861, Abs. 1 dem Besitzer, welchem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, einen Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes gegen „denjenigen, welcher ihm gegenüber (dem früheren Besitzer gegenüber) fehlerhaft besitzt“. Das B.G.B. unterscheidet also, wie die actio spolii, nicht zwischen Mobilien und Immobilien. Als „fehlerhaft“ bezeichnet § 858, Abs. 2, Satz 1 den durch verbotene Eigenmacht erlangten Besitz. Nach § 861, Abs. 1 unterliegt also dem Entziehungsanspruch ausdrücklich derjenige, welcher dem früheren Besitzer gegenüber „fehlerhaft besitzt“. Daraus folgt, dass der Eigenmächtige selbst nicht passiv legitimiert ist, wenn er den Besitz entweder überhaupt nicht erlangt oder den-

[1]) Vgl. Gärtner, S. 5 und 14.

[2]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd. S. 208, auch Crome, III. Bd. S. 68, Note 3 am Ende.

[3]) Vgl. Motive, Bd. III. S. 116 ff.

selben wieder verloren bezw. aufgegeben hat.[1]) Somit kommen als rechte Beklagte für § 861, Abs. 1 nur der unmittelbare und der mittelbare Besitzer in Betracht, nicht dagegen der Besitzdiener. Denn dieser wird nach der im 1. Abschnitt unserer Arbeit nach Inhalt und Zweck erläuterten Bestimmung des § 855 nicht als Besitzer anerkannt, „nur der Andere", sein Dominus ist Besitzer im Sinne des B.G.B. Aus diesem Grunde kann der seines Besitzes Entsetzte die Klage aus § 861, Abs. 1 nur gegen den Besitzherrn als gegen den Besitzer richten, gleichgültig, ob dieser oder sein Besitzdiener jenem den Besitz eigenmächtig entzogen und die Sache in seine Gewalt gebracht hat. So auch die durchaus herrschende Meinung in der Literatur.[2]) Demgegenüber muss nach den obigen Ausführungen im 1. Abschnitt Isay die Passivlegitimation des Besitzdieners des jetzigen Besitzers bejahen, denn: „auch der Gestor des § 855 hat Dritten gegenüber, insoweit es sich lediglich um . . . die rechtliche Anerkennung seiner tatsächlichen Gewaltausübung handelt, Besitz".[3]) Wir gehen auf diese Folgerung Isays hier nicht näher ein, da wir die These, auf der sie beruht und mit der sie steht und fällt, bereits an früherer Stelle eingehend widerlegt haben, vgl. S. 35 ff. der Arbeit. Auch Gärtner fasst die Passivlegitimation in § 861 anders auf, als wir sie dargelegt haben. Er will (S. 178 seiner Abhandlung) gleichfalls im Gegensatz zu der herrschenden Meinung, doch ohne andererseits bei Isay einen Anhalt zu suchen, das Wort „Besitzen" in § 861, Abs. 1 „im Sinne der Passiv-

[1]) Vgl. hierzu Crome, S. 68, Turnau-Förster, I. Bd. S. 73, und Biermann, zu § 861, Anm. 2 b S. 20.

[2]) Vgl. Biermann, Anm. 2 c zu § 861. R. Leonhard bei Eck, II. Bd. S. 160 Note 2, Landsberg, S. 630 und Crome, S. 69, Note 18.

[3]) Vgl. S. 34 dieser Arbeit.

legitimation ausdehnend auslegen und auch auf den Besitzdiener beziehen", indem er auf den „Zweck des den Besitzesschutz verheissenden Rechtssatzes" hinweist. Er gibt ferner an, in dieser seiner Ansicht dem Professor Dr. Leonhard in Breslau zu folgen. Indessen vertritt zunächst Professor Leonhard, wie seine Ausführungen bei Eck, Vorträge II. Bd. S. 160, Note 2 beweisen, nicht oder doch wenigstens nicht mehr den von Gärtner bezeichneten Standpunkt; vielmehr verneint er an der soeben genannten Stelle unter eingehender Begründung die Passivlegitimation des Besitzdieners sowohl im Falle des § 985 als auch gegenüber der Besitzentziehungsklage, um die es sich hier handelt. Aus seinen Argumenten, welche im wesentlichen mit unseren Ausführungen im 1. Abschnitt über die Stellung des Besitzdieners im Besitzrecht des B.G.B. übereinstimmen, sei gegenüber Gärtner und Isay folgendes hervorgehoben: „Da das B.G.B. eine neue Besitzterminologie eingeführt hat, bei der die Besitzdiener als Nichtbesitzer gelten sollen, so kann man nicht annehmen, dass es hier (nämlich in § 985 und § 861, Abs. 1) aus seiner sonstigen Redeweise herausgefallen ist" — (also: etwa in § 861 unter „Besitzen" auch das Verhältnis des Besitzdieners zur Sache mitverstanden wissen wollte). — „Auch ist es ein wohlverständliches Bedürfnis des Besitzherrn,[1]) dass nicht einer seiner Diener durch eine vielleicht mangelhafte Verteidigung ihn um seine Sache bringe."

Wenn nun Gärtner die Ausdehnung der Passivlegitimation in § 861, Abs. 1 auf die Besitzdiener als durch den Zweck dieser Besitzschutz-Vorschrift gerechtfertigt fordert, so steht diesem vermeintlichen Zweck die offensichtliche Tendenz

[1]) Diesen Gesichtspunkt betont auch F. Leonhard, Kritische Vierteljahrsschrift, S. 424.

des § 855 gegenüber, wie wir sie in den soeben genannten Bemerkungen des Professors R. Leonhard treffend gekennzeichnet finden.[1])

Es lassen sich nun freilich sehr wohl Fälle denken,[2]) in denen ein dringendes Bedürfnis des früheren Besitzers vorliegt, dass ihm vom Gesetz zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes eine Handhabe gerade gegen den Besitzdiener geboten werde, z. B. weil der Besitzherr und alleinige Besitzer im Rechtssinne sich der Rechtsverfolgung zu entziehen weiss. Hier wird man mit Professor R. Leonhard (a. a. O. Note 2 am Ende) die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung gegen den Besitzdiener befürworten können. Wenn § 935 der C.P.O. einstweilige Verfügungen für zulässig erklärt, falls „zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte", so wird man unseres Erachtens diese auf eine weite Interpretation abgestellte Bestimmung in dem gedachten Falle auch gegen den Besitzdiener des jetzigen Besitzers anwenden dürfen, um die Wiedererlangung des Besitzes für den früheren Besitzer zu sichern. Da das Gericht gemäss § 938, Abs. 1 C.P.O. „nach freiem Ermessen" die zur Erreichung des Zweckes einer einstweiligen Verfügung erforderlichen Anordnungen bestimmen kann, so dürfte es sich hier empfehlen, durch eine einstweilige Verfügung dem Besitzdiener zu verbieten, die in seiner Gewalt befindliche Sache bis auf weiteres dem Besitzherrn abzuliefern.

---

[1]) Vgl. hierzu auch unsere obigen Ausführungen S. 25, 26 und 33.

[2]) Vgl. hierzu R. Leonhard bei Eck, II. Bd. S. 160, Note 2.

Mit der Klage aber, das bleibt festzuhalten, kann der frühere Besitzer nur gegen den Besitzherrn als den gegenwärtigen „fehlerhaften Besitzer“ im Sinne von § 861 vorgehen. Allerdings wird dem früheren Besitzer die Anstellung jener Klage aus § 861 auch gegen den Besitzdiener des jetzigen Besitzers prozessual dadurch ermöglicht, dass nach § 861 der Kläger nur zu behaupten (und zu beweisen) hat[1]):

a) seinen früheren Besitz,

b) die eigenmächtige Entziehung dieses Besitzes durch den Beklagten oder dessen Rechtsvorgänger nach Massgabe von § 858, Abs. 2 des B.G.B.,

c) die tatsächliche Sachgewalt des Beklagten.

Demgegenüber hat der Beklagte geltend zu machen (und nachzuweisen), dass er nur Besitzdiener an der Sache ist.[2]) Erhebt nun der verklagte Besitzdiener nicht den Einwand der mangelnden Passivlegitimation, so hat er auf Grund seines „fingierten“ Geständnisses die fragliche Sache zu „besitzen“, nach § 138, Abs. 2 C.P.O. seine Verurteilung auf Wiedereinräumung des Besitzes an den Kläger zu gewärtigen. Doch ist damit für den Kläger nichts gewonnen; denn der Besitzherr dieses Besitzdieners kann die Vollstreckung des gegen den Besitzdiener ergangenen Urteils ohne weiteres vereiteln, schon deshalb, weil er jederzeit vom Besitzdiener die Herausgabe der Sache kraft seines Befehlsrechts und mangels eines Retentionsrechtes des Besitzdieners erwirken kann. Regelmässig wird aber der

[1]) Vgl. Biermann zu § 861, Anm. 4c, S. 21, Endemann, S. 240, 241.

[2]) Vgl. Endemann, a. a. O., Turnau-Förster, I. Bd. S. 74 unter No. 5, Neumann, I. Bd. zu § 855, S. 574 und die entsprechenden Ausführungen für die Klage aus § 985 bei: Biermann, Anm. 2 und Crome, S. 406, Note 46. Anderer Meinung: Staudinger-Kober zu § 985, Anm. II 2b, jedoch nur in der 1. und 2. Auflage des Kommentars, in der soeben erschienenen 3/4. Auflage (Anm. 2b zu § 985, S. 394) im Sinne der vorgenannten Autoren.

Besitzherr alsbald nach dem Prozessbeginn die Klage der Hauptintervention gemäss § 64 C.P.O. gegen die beiden Parteien: Den früheren Besitzer und den Besitzdiener des Hauptintervenienten erheben. Dem früheren Besitzer bleibt in dem anderen Falle nur das Recht, gemäss § 893 C.P.O. oder § 283 B.G.B. von dem auf Grund des „fingierten" Geständnisses verurteilten Besitzdiener Schadensersatz zu verlangen.[1])

Richtet jedoch der frühere Besitzer die Klage aus § 861 B.G.B. ordnungsmässig gegen den Besitzherrn des hier in Betracht kommenden Besitzdieners, so kann er das gegen den Herrn erwirkte Urteil unmittelbar in die beim Besitzdiener befindlichen Sachen gemäss § 883 ff C.P.O. vollstrecken.[2]) Wenn auch der Besitzdiener die „tatsächliche Gewalt" über die in seiner Obhut befindlichen Sachen des Besitzherrn hat, so muss ihm doch infolge seines sozialen Unterordnungsverhältnisses gegenüber dem Besitzherrn und mit Rücksicht auf seine Rechtsstellung Dritten gegenüber der „Gewahrsam" im Sinne von § 886 in Verbindung mit den §§ 808, 809 C.P.O. abgesprochen[3]) werden. Deshalb unterliegen die Sachen, die der Besitzdiener in seiner Obhut hat, unmittelbar dem Zugriffe der Gläubiger des Besitzherrn.

Zu den possessorischen Rechtsbehelfen des B.G.B. gegen Besitzverlust gehört nicht auch der „Abholungsanspruch" aus § 867 (bezw. § 1005) B.G.B.[4]) Da § 867 ausdrücklich

[1]) Vgl. die entsprechenden Ausführungen Plancks zu § 985, S. 303 sub γ.

[2]) so: F. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 80/81, Oppenheim, S. 48, Crome, S. 69, Note 18.

[3]) so: F. Leonhard a. a. O., Planck, III. Bd., S. 29, Note 7, Gaupp-Stein, II. Bd., S. 536, 537, Seuffert, zu § 808, Note 2, S. 462 und Entsch. O.L.G. Kiel, Rechtspr. Bd. 8, S. 99.

[4]) Vgl. das Marginale zu § 867, bei Fischer-Henle, S. 505.

voraussetzt, dass die auf das fremde Grundstück gelangte Sache des Besitzers „nicht inzwischen von jemandem in Besitz genommen ist, so handelt es sich hier um einen Anspruch exhibitorischen Charakters".[1]) Abgesehen davon richtet sich dieser Anspruch ausschliesslich gegen den „Besitzer des Grundstücks", auf welches die fremde Sache gelangte. Die Passivlegitimation eines Besitzdieners, der für den Besitzherrn, z. B. als dessen Hausverwalter, die tatsächliche Gewalt über dieses Grundstück ausübt, ist daher ausgeschlossen. Der in Rede stehende Anspruch aus § 867 (bezw. § 1005) fällt also nicht in den Kreis der vorliegenden Aufgabe.

§ 10. Anhang zu 1. und 2.

Wir haben bisher die possessorischen Rechtsbehelfe des früheren und heutigen Rechts nur mit Beziehung auf den Sachbesitz erörtert. Es kennen aber das römische, das kanonische und das gemeine Recht einen „Besitz" auch an Rechten, die sogenannte „juris quasi possessio", nur für die Servituten im römischen Recht, dagegen für alle „eine dauernde Ausübung gewährenden Rechte" im Gemeinen und im kanonischen Recht.[2]) Ferner erstreckt das deutsche Recht in weitem Umfange die Gewere auf „Rechtsame an Liegenschaften";[3]) seinen Grundsätzen folgte auch das A.L.R. in § 4, 5, I, 7.[4]) Demgegenüber schliesst das B.G.B. die Ausdehnung des Besitzbegriffs auf Rechte grundsätzlich aus;[5]) doch lässt es für die der Landesgesetzgebung

[1]) Vgl. Crome, S. 238, Anm. 2.

[2]) Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht, III. Bd., S. 90, Windscheid, I. Bd., §§ 163, 164, S. 840 ff, Endemann, S. 144, 145.

[3]) Vgl. Gürke, Deutsches Privatrecht, II. Bd., S. 224, 226, Endemann, S. 145.

[4]) Vgl. Endemann, S. 145, Nr. 4.

[5]) Vgl. Endemann, S. 146, Planck, III. Bd., S. 29, Nr. 5.

weiterhin vorbehaltenen Materien das Institut des Rechtsbesitzes fortbestehen.[1]) Die vorliegende Frage dieser Arbeit nach den Rechtsbehelfen des früheren Besitzers gegen den Besitzdiener des jetzigen Besitzers auch bezüglich des Rechtsbesitzes zu behandeln, erübrigt sich jedoch. Denn das römische, das kanonische und das Gemeine Recht haben bei einer tatsächlich der Besitzentziehung gleichkommenden Verhinderung der Ausübung des Rechtsbesitzes dem juris quasi possessor die für den Sachbesitz geltenden rekuperatorischen Rechtsbehelfe „utiliter" gewährt, so das kanonische und das Gemeine Recht besonders die actio spolii.[2])

Das B.G.B. hat zunächst für die zur Zeit seines Inkrafttretens bereits bestehenden Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten die bisher gewährten Besitzschutzmittel des früheren Rechts weiter in Geltung gelassen (Art. 191 E.G. zum B.G.B.), bis das Grundbuch für das belastete Grundstück als angelegt anzusehen ist. Sodann verleiht es der Ausübung der eingetragenen Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nach Massgabe von § 1029 und § 1090, Abs. 2 vollen Besitzschutz durch analoge Anwendung der für den Sachbesitz gegebenen Besitzschutzmittel. Zwar spricht § 1029 nur von „Störung", doch wird man mit der herrschenden Ansicht das Selbsthilferecht aus § 859, Abs. 3 und die Klage aus § 861, Abs. 1 auch bei einer völligen Verhinderung in der Ausübung der Dienstbarkeit für anwendbar[3]) erklären, allerdings die Klage nicht auch gegen den „Besitzdiener" des jetzigen „Besitzers" zulassen, und zwar aus den oben erörterten Gründen.

[1]) Vgl. Eck, II. Bd., S. 49.
[2]) Vgl. hierzu Windscheid a. a. O., S. 845 und 847.
[3]) Vgl. Dr. Schmelzer, S. 76, Ungerer, S. 88, Note 285.

II. Die petitorischen Rechtsmittel.

Diese Rechtsmittel dienen im Unterschied von den vorhin behandelten possessorischen dazu, das Recht einer Person zum Besitz einer Sache, vor allem das Recht des Eigentümers dem jetzigen Besitzer gegenüber zur Anerkennung zu bringen und damit zugleich die Herausgabe der Sache von letzterem zu erlangen. Hier entsteht nun für den vorliegenden Fall die Frage: Können der Eigentümer und der frühere Besitzer diese Rechtsbehelfe auch gegen den Besitzdiener des jetzigen Besitzers zwecks Neuerlangung bezw. Wiedererlangung der Sache anwenden?

Indem wir die petitorischen Ansprüche des B.G.B. unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung nunmehr nach dieser Richtung hin prüfen, beginnen wir mit dem petitorischen Anspruch:

§ 11. 1. Des Eigentümers als solchen

a) Nach römischem und Gemeinem Recht[1]) verschafft die rei vindicatio dem nichtbesitzenden Eigentümer die Anerkennung seines Eigentums gegenüber dem (gutgläubig oder bösgläubig) besitzenden Nichteigentümer und erwirkt gleichzeitig von dem Beklagten die Restitution der dem Vindikanten vorenthaltenen Sache (sowohl einer Mobilie wie einer Immobilie). Der Eigentümer kann jedoch mit der Vindikation nur durchdringen, wenn er sein Eigentum gegenüber dem Beklagten durch den Nachweis originären oder devivativen Erwerbes, und im letzteren Falle auch des Eigentumserwerbes seiner Rechtsvorgänger (probatio diabolica!) darzutun vermag. Vgl. l. 9, D. 6, 1. Rechte Beklagte sind nach der auch für das Gemeine Recht in Geltung gebliebenen Entscheidung Ulpians in l. 9 i. f. D. 6, 1

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten, I. Bd., S. 522 ff.

alle, „qui tenent et habent restituendi facultatem“, die Detentoren somit inbegriffen. Ausserdem richtet sich die rei vindicatio, gleichsam zur Strafe, gegen den „fictus possessor“ [1]): qui dolo desiit possidere vel qui liti se obtulit; doch verwandelt sich in diesem Falle die durch das Urteil auferlegte Restitution in eine Pflicht zur Interesse-Leistung. [2])

Der Umstand, dass eine Sache jederzeit von dem blossen Detentor vindiziert werden kann, muss häufig zu schwerer Benachteiligung des Besitzers führen, welcher an der wirksamen Verteidigung der Sache zwar am meisten interessiert, aber durch einen gegen seinen Detendor angestrengten Vindikations-Prozess des Eigentümers verhindert ist, persönlich sein Interesse an der Beibehaltung der Sache gebührend wahrzunehmen. Darum hat Konstantin in l. 2 C. 3, 19, die sich zunächst nur auf Grundstücke bezieht, später aber auf Mobilien analog angewandt [3]) worden ist, dem mit der rei vindicatio belangten Detendor das Recht gegeben, durch eine vor der Einlassung auf die Klage erfolgende „nominatio auctoris“ im Wege der Streitverkündung dem Besitzer den Vindikationsstreit zu überlassen und sich selbst von der Klage zu befreien. Dem entspricht heute der § 76 der C.P.O. für den Besitzmittler des § 868 des B.G.B. [4]) Wie eingangs hervorgehoben, schliesst sich an die richterliche Anerkennung des Eigentums des Klägers die Verurteilung des Beklagten (also auch des Detentors)

[1]) Vgl. Dernburg, Pand., I. Bd., S. 527, 528.

[2]) Vgl. Windscheid, I. Bd., S. 987, Anm. 8.

[3]) Vgl. Dernburg, Pand., I. Bd., S. 527 ff.

[4]) Isays Ansicht, auch für den Besitzdiener sei die Möglichkeit der Urheberbenennung aus § 76 C.P.O. gegeben (vgl. a. a. O., S. 297) steht im offenen Widerspruch zu dem klaren Wortlaut dieser Vorschrift und hat die falsche These, dass die Fälle des § 8 5 den die „lex generalis“ des § 868 treffenden Rechtsnormen unterlägen, also auch den § 76 C.P.O., zum Ausgangspunkt.

zur restitutio rei cum omni causa, sowie zur Leistung von Schadensersatz in einem von bona bezw. mala fides des Beklagten abhängigen Umfange. Vgl. l. 22, 23, 246 § 1 D. 50, 16.

Das deutsche Recht gewährt dem Eigentümer, welcher in eben dieser Eigenschaft die Sache aus fremder Gewere wiedererlangen will, keine Vindikation im römisch-rechtlichen Sinne,[1]) sondern es vermittelt den Eigentumsschutz durch seine Klagen aus unfreiwillig verlorener Gewere und gegen den Vertrauensmann. Näheres darüber unten sub 2 a, S. 137 ff.

§ 12. b) Das B.GB. hat seinen „Eigentumsanspruch“ (§ 985) dem römisch-Gemeinen Recht entlehnt,[2]) jedoch unter dem Einflusse deutscher Rechtsgedanken[3]) ausgestaltet, namentlich hinsichtlich der Eigentumsvermutungen des § 1006, Abs. 2 (aus früherem Fahrnis-Besitz) und des § 891, Abs. 1 (aus der Grundbucheintragung). In § 985 wird gesagt: „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.“ Das B.G.B. unterscheidet also gleich dem römisch-Gemeinen Recht nicht zwischen Liegenschaften und Fahrnis beim Eigentumsstreit; wohl aber weicht es vom römischen, wie auch vom früheren preussischen Recht bei der Vindikation dadurch erheblich ab,[4]) dass es den Eigentumsanspruch in § 985 nur auf die Herausgabe der Sache, nicht zugleich auf die richterliche Feststellung des Eigentums des Klägers erstreckt. Zu letzterem Zwecke bedarf es heute der Erhebung einer aus § 256 C.P.O. her-

---

[1]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd., S. 553. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht II, 1. Bd., S. 210.

[2]) Vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht, III. Bd., S. 365 ff.

[3]) Vgl. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 22.

[4]) Vgl. Dernburg, a. a. O., S. 370.

zuleitenden Eigentumsfeststellungsklage, welche mit der Klage aus § 985 verbunden werden kann.[1]) Beklagter in § 985 ist, anders als im römisch-Gemeinen Recht und dem sich an dieses eng anschliessenden § 929 des I. Entwurfs zum B.G.B.,[2]) nur der „Besitzer", demgemäss nicht auch der Besitzdiener des jetzigen Besitzers.[3]) Wenn nun Isay (a. a. O. S. 295) gleichwohl unter dem „Besitzer" in § 985 den Besitzdiener mitverstehen will, so ist diese Auffassung unrichtig, wie unsere Darlegungen in Abschnitt I und Abschnitt II sub 2 dieser Arbeit zeigen. Isays Auffassung beruht zunächst auf jener von uns im I. Abschnitt S. 61 ff. widerlegten These von der Stellung des Besitzdieners im Besitzrecht des B.G.B. Um die Passivlegitimation des Besitzdieners in § 985 zu begründen, weist nun Isay (S. 295) ferner auf jene römischrechtliche Bestimmung hin, „welche die rei vindicatio gegen jeden zuliess, der die Sache tatsächlich hatte, bei welchem also der Eigentümer imstande war, sie zu holen". Indessen gibt Isay selbst bei dieser Anführung zu, dass die l. 9. i. f. D. 6, 1 mit Rücksicht auf die sonstige Verweigerung possessorischer Anerkennung der Detention im römischen Recht eine „Ausnahme" bildet. Muss sich da nicht Isay selbst sagen, dass auch das B.G.B., wollte es die Besitzdiener in § 985 für passiv legitimiert angesehen wissen, eine jener l. 9. D. 6,1 entsprechende besondere Bestimmung hätte geben müssen?

Die hier widerlegte Auffassung von der Passivlegitimation des Besitzdieners scheint auch Landsberg vertreten

[1]) Vgl. Planck, III. Bd., Vorbem. 4 zu § 985, S. 299. Dernburg, Bürgerl. Recht, III. Bd., S. 365. Kober, Anm. I 1a zu § 985, S. 244.

[2]) Vgl. Buhl, Recht der bewegl. Sachen, S. 75 oben.

[3]) Vgl. besonders Biermann zu § 985, Anm. 2 und 3; Turnau-Förster, S. 588; Gierke, Fahrnisbesitz, S. 53; Cosack, § 212, S. 163 und Crome, S. 406.

zu wollen. Denn nach seinen Ausführungen a. a. O. S. 670 „unterliegt dem Eigentumsanspruche jeder, der die Sache dem Eigentümer unberechtigtermassen vorenthält d. h. jede Person, die eine Macht über die Sache ausübt und dadurch der Inhabung des Eigentümers entgegentritt, sie sei nun Besitzer oder nicht". Diese Redeweise ist zum mindesten ungenau und, soweit hier geradezu der Nichtbesitzer für passiv legitimiert erklärt wird, entschieden unrichtig, wie oben bereits dargetan ist. Da Landsberg unter „Macht über eine Sache" wohl nichts anderes versteht als „tatsächliche Gewalt", so müsste man nach seinen hier wiedergegebenen Ausführungen auch dem Besitzdiener die Passivlegitimation gegenüber dem Eigentumsanspruche zuerkennen; hat doch der Besitzdiener zweifellos die tatsächliche Gewalt über die Sache des Besitzherrn, wie auch Landsberg a. a. O. S. 624 annimmt.

Im übrigen verweisen wir auf unsere Darstellung der Besitzentziehungsklage des B.G.B., so: bezüglich der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung gegen den Besitzdiener des jetzigen Besitzers, ferner hinsichtlich der prozessualen Rechtslage bei der Erhebung der Eigentumsklage gegen den Besitzdiener und endlich betreffs der Vollstreckung des gegen den Besitzherrn ergangenen Urteils gegenüber dem Besitzdiener.

§ 13. 2. Die petitorischen Rechtsmittel des früheren Besitzers als eines zum Besitz besser Berechtigten.

a) Aus der sehr reichhaltigen Geschichte des Besitzrechtsschutzes können in dieser Arbeit nur die wichtigsten Erscheinungsformen hervorgehoben werden, und zwar mit besonderer Berücksichtigung der für § 1007 vorbildlich gewesenen Klagegebilde.

Das Justinianische und im Anschluss daran das Gemeine Recht gewähren jedem gutgläubigen titulierten Erwerber einer „res habilis“ die (vom Prätor zum Schutze des Usukapionsbesitzes eingeführte) actio in rem Publiciana als petitorische Klage [1]) gegen den Minderberechtigten, qui habet restituendi facultatem, also auch gegen den Detentor. Diese Klage bezweckt Anerkennung des besseren Rechts zum Besitz und Restitution der (beweglichen oder unbeweglichen) Sache. Im übrigen gilt hier der Ausspruch Ulpians: „In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus“ (l. 7 § 8 D. VI, 2). Publicianisch kann auch der Eigentümer klagen, wenn er sich nur auf redlichen titulierten Erwerb stützen und dem oft sehr schwierigen Eigentumsbeweis, wie ihn die rei vindicatio fordert, aus dem Wege gehen will.

Dem deutschen Recht ist zwar eine der actio Publiciana entsprechende Klage fremd, [2]) doch gelangt in diesem der Besitzrechtsschutz auf andere Weise zu ungleich grösserer Bedeutung, zumal dem deutschen Recht eine besondere Eigentumsklage fehlt, wie oben erwähnt.

Zum Schutz früherer Fahrnis-Gewere und der durch sie geborgenen Rechte, vor allem des Eigentums hat das deutsche Recht zwei Rechtsbehelfe [3]) petitorischen Charakters entwickelt:

a) Die Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere gegen den dritten Inhaber auf Herausgabe des Gutes,

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten, I. Bd., S. 535 ff.; Windscheid, I. Bd., S. 1015 ff. (§ 199); Schimanski, S. 17 ff.

[2]) Vgl. Dr. Giese, S. 13 ff.

[3]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd., S. 553 ff.; Fahrnisbesitz, S. 71 ff.; Heusler, § 118.

b) Die Klage gegen den, welchem ein Gut zu beschränkter Gewere anvertraut worden, auf Rückgabe aus unrechtmässig vorenthaltener Gewere.

Für unsere Arbeit ist nur die erstgenannte Fahrnisklage von besonderem Interesse. Anfänglich Strafklage zwecks Diebstahlsverfolgung,[1]) steht sie später im Civilverfahren jedem zu Gebote, der eine Sache persönlich (als „wahrende Hand") durch „diebliche oder raubliche Gewalt" und weiterhin überhaupt wider Recht und Willen eingebüsst hat. War jedoch die Fahrhabe vom Eigentümer einem Anderen mit Willen in die Gewere gegeben worden und diesem alsdann ohne sein Zutun abhanden gekommen, so konnte der Eigentümer sich nach dem Grundsatz „Hand muss Hand wahren" nur an den Vertrauensmann halten und eine Rechtsverfolgung gegen den jetzigen Inhaber der Sache nicht unternehmen.[2]) Dadurch, dass der mit der Klage aus unfreiwilligem Gewereverlust Belangte das Begehren des Klägers nur durch den Nachweis eines stärkeren Rechts zur Gewere zurückweisen konnte, war diese Klage trotz des Fundaments bloss früherer Gewere geradezu ein „Anspruch aus dem besseren Recht zum Besitz".[3]) Prozessuale Form der Geltendmachung bildete nach Wahl des Klägers entweder die „schlichte Klage" (lediglich auf Herausgabe) oder „der Anefang" (mit Busse und Wette für den Unterliegenden verknüpft).[4]) Da nun jede Klage aus der Gewere darauf gerichtet ist, fremde Gewere zu brechen, so kann sie nur gegen den Inhaber der Gewere, nicht aber folgerichtig gegen eine Person erhoben werden, welche

[1]) Vgl. Gierke, Sachenrecht (II. Bd.) S. 553, Giese, a. a. O. S. 15.

[2]) Vgl. besonders Gierke, a. a. O. S. 553, 558.

[3]) Vgl. vor allem Stobbe-Lehmann II, 1. Bd., § 92, ferner: Gierke, a. a. O. S. 556 und Giese, S. 15, 18.

[4]) Vgl. besonders Gierke, a. a. O. S. 553.

das Gut zwar in Händen hat, aber der Gewere „darbt“;[1]) anders also wie die römische Vindikation und die römische Publiciana. Die weitgehenden Umgestaltungen der beiden Fahrnisklagen durch die partikuläre Rechtsentwickelung,[2]) besonders im lübischen Recht, können in dieser historischen Übersicht nicht erörtert werden, da sie für den vorliegenden Fall kaum von Bedeutung sind.

Dagegen müssen wir hier mit kurzen Worten noch des petitorischen Schutzes des besseren Rechts zum Besitz gedenken, wie solchen das Allgemeine Landrecht in seiner „preussischen Publiciana“[3]) gewährt. Mit dieser für den § 1007 des B.G.B. neben der Mobilienvindikation nach Art. 2279 und Art. 2280 des code civil unmittelbar vorbildlich gewesenen Klage[4]) gemäss § 161 ff. A.L.R. I, 7 kann „der vorige Besitzer die Wiederherstellung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher den Besitz einer Sache oder eines Rechts weder durch Gewalt, noch heimlich, mit List, oder bloss bittweise überkommen hat“, wofern nur der vorige Besitzer „ein besseres Recht zum Besitze nachzuweisen hat“. Auch diese Klage aus dem besseren Recht zum Besitz[5]) geht nur gegen den, welcher „den Besitz überkommen hat“, demnach nicht gegen den „blossen Inhaber“ im Sinne von § 2 A.L.R. I, 7, also auch nicht gegen den „Besitzdiener“ des jetzigen Besitzers im Sinne der vorliegenden Arbeit.

---

[1]) Vgl. Heusler, II. Bd. S. 43.

[2]) Vgl. hierüber Giese, a. a. O. S. 20 ff.

[3]) Vgl. Crome, III. Bd. S. 244 Anmerkung 22 und besonders Schimanski S. 29 ff.

[4]) Vgl. Denkschrift z. Entw. des B.G.B. S. 139, auch Eck, II. Bd. S. 188.

[5]) Vgl. über die Einzelheiten: Förster-Eccius, § 164 S. 116 ff.

§ 14. b) Das B.G.B. hat die oben entwickelten Elemente der deutschen Fahrnisklagen mit dieser „preussischen Publiciana“ zu einer neuen Rechtsschöpfung, dem Anspruch des § 1007 aus dem früheren Besitz verschmolzen, jedoch zugleich nach modernen Rechtsanschauungen ausgestaltet.[1]) Unter Beschränkung dieses Anspruchs auf Fahrnisbesitz bestimmt § 1007: „Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war.

Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, dass dieser Eigentümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. Diese Vorschrift findet auf Geld und Inhaberpapiere keine Anwendung.“

Dieser Anspruch ist jedoch für den früheren Besitzer nur auf Grund eines „besseren“ Besitzes[2]) gegeben, da nach § 1007 Abs. 3 Satz 1 dieser Anspruch „ausgeschlossen ist, wenn der frühere Besitzer beim Besitzerwerb nicht in gutem Glauben war oder wenn er den Besitz aufgegeben hat“. Gemäss der im Anschluss an Art. 2279 des code civil aufgestellten Eigentumsvermutung[3]) des § 1006, Abs. 2 zu Gunsten auch des früheren Fahrnisbesitzers kann sich der Eigentümer gleichfalls des Anspruches aus § 1007 ausser der Vindikation nach § 985 bedienen, für welchen im übrigen die Vorschriften der §§ 986 bis 1003 analog

[1]) Vgl. Dr. Schimanski, S. 53 ff. und die hier Note 4 zu S. 74 zitierte Literatur.

[2]) Vgl. auch Giese, S. 26, 34, 62.

[3]) Vgl. Strohal, S. 56, 57 und Giese, S. 26.

gelten (§ 1007 Schlußsatz). Was nun endlich den Beklagten anlangt, so kann der Streit aus dem früheren Besitz, gleich der preussischen Publiciana und dem Eigentumsstreit (§ 985) nicht mit dem Besitzdiener des jetzigen Besitzers, sondern nur mit letzterem selbst ausgefochten werden, wie unsere Darlegungen an früherer Stelle ergeben.[1]) In welcher Weise dem früheren Fahrnisbesitzer durch eine einstweilige Verfügung gegen den Besitzdiener des jetzigen Besitzers geholfen werden kann, zeigen die obigen Ausführungen S. 62, 63.

§ 15. III. Die obligatorischen Ansprüche.

Wir sind auf Grund unserer vorstehenden Erörterungen zu dem Ergebnis gelangt, dass nach dem B.G.B. anders als im römisch-Gemeinen Recht die possessorischen und die petitorischen, also dem Sachenrecht angehörenden Ansprüche des Eigentümers und des früheren Besitzers nicht auch gegen den Besitzdiener des jetzigen Besitzers zu verfolgen sind. Nur das Wiederbemächtigungsrecht kann auch in dieser letztgenannten Richtung geltend gemacht werden. Nun aber schützt das B.G.B. Eigentum und Besitz ferner im Recht der Schuldverhältnisse, und zwar durch die Gewährung von „kondiktionenmässigen“ und von „deliktmässigen“ Ansprüchen nach § 812 bezw. § 823.[2]) Wir wollen uns daher nunmehr mit der Frage beschäftigen, inwieweit diese Ansprüche auch gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers erhoben werden können.

---

[1]) Vgl. auch Gierke, Fahrnisbesitz S. 52 ff. und Crome, III Bd. S. 246 Note 45.

[2]) So: Bunsen, Besitzschutz S. 71 ff. Derselbe, Schutz des Eigentums S. 418 ff.

1. Entsprechend der römischen condictio possessionis[1]) wird auch durch das B.G.B.[2]) im Rahmen von § 812, Abs. 1 dem früheren Besitzer ein Anspruch auf Rückerstattung des Besitzes gegen denjenigen gewährt, welcher den in dem Besitz liegenden Vermögensvorteil, auf Kosten des früheren Besitzers ohne rechtlichen Grund erlangt hat oder behält, nachdem der Rechtsgrund für den Besitzerwerb weggefallen ist. Übt ein Besitzdiener für den Besitzherrn die tatsächliche Gewalt aus, so ist doch um den Vermögenswert des Besitzes allein der Besitzherr als der Besitzer bereichert und die den Bereicherungsanspruch des Dritten, des früheren Besitzers, bedingende Vermögensverschiebung lediglich zwischen dem Dritten und dem Besitzherrn erfolgt. Die Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Besitzdiener stellt nicht schon einen vermögensrechtlich in Betracht zu ziehenden Wertzuwachs für den Besitzdiener selbst dar. Es liegt daher auf seiner Seite keine „ungerechtfertigte Bereicherung" im Sinne des Gesetzes vor. Infolgedessen ist eine Besitzkondiktion nach § 812 B.G.B. nur gegen den Besitzherrn möglich.

2. a) Nach § 823, Abs. 1 B.G.B. ist auch schadensersatzpflichtig: wer vorsätzlich oder fahrlässig . . . . . das Eigentum eines anderen . . . . . widerrechtlich verletzt. Eine solche zum Schadensersatz verpflichtende Verletzung des Eigentums liegt unter anderem regelmässig dann vor, wenn ein Dritter dem Eigentümer die den Gegenstand des Eigentums bildende Sache schuldhaft und widerrechtlich entzieht (gleichviel, ob dauernd oder nur zeitweilig) oder

---

[1]) Vgl. Windscheid, I. Bd. S. 829 ff.

[2]) Für B.G.B.: Eck, Bd. I. S. 594, Strohal, Sachbesitz S. 56, Bunsen, Besitzschutz S. 86 ff.

vorenthält.[1]) Gesetzt also den Fall, der Besitzdiener begeht auf die vorgenannte Weise eine Verletzung fremden Eigentums, sei es, dass er selbst für seinen Besitzherrn dem Eigentümer die Sache schuldhaft und widerrechtlich entzieht oder vorenthält, sei es auch, dass er bei einer solchen unerlaubten Handlung des Besitzherrn selbst als dessen „Gehilfe" im Sinne von § 830, Abs. 2 tätig wird und auf diesem Wege zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache gelangt, so unterliegt er dem Schadensersatzanspruch des Eigentümers auf Grund von § 823, Abs. 1 bezw. § 830 B.G.B. Kann nun in diesem Falle der ersatzberechtigte Eigentümer die (entzogene oder vorenthaltene) Sache selbst von dem Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers zurückerstattet verlangen? Diese Frage ist zu bejahen. Denn der vorliegende Schadensersatzanspruch des Eigentümers geht nach dem allgemein geltenden Grundsatze des § 249 Satz 1 des B.G.B. in erster Linie auf Naturalrestitution d. h. „auf Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". Bildet nun, wie im vorliegenden Falle, die deliktische Entziehung oder Vorenthaltung der im Eigentume eines Anderen stehenden Sache „den zum Ersatze verpflichtenden Umstand", so erfolgt die Naturalrestitution durch Rückgabe der Sache.[2]) Auf diese Konsequenz hat das B.G.B. selbst in den Eingangsworten des § 848 hingewiesen, welcher lautet:

„Wer zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, die er einem Anderen durch eine unerlaubte Handlung entzogen

---

[1]) Vgl. Planck, II. Bd. zu § 823, Anm. 2a, S. 608 und Crome, III. Bd., S. 397, Note 4.

[2]) Vgl. Planck, II. Bd. zu § 249, Anm. 1c. S. 17; Staudinger, II. Bd. zu § 848, S. 756.

hat, ist auch für den zufälligen Untergang . . . . . der Sache verantwortlich . . . ."

Da also der Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers die Sache jedenfalls in seiner tatsächlichen Gewalt hat, so hat er den von ihm dem Eigentümer aus dem Deliktsgrunde des § 823, Abs. 1 bezw. § 830 B.G.B. zu leistenden Schadensersatz durch Herausgabe der in seiner Gewalt befindlichen Sache zu bewirken. Gleichgültig ist hierbei der Umstand, dass der „Besitz" der Sache dem Besitzherrn dieses Besitzdieners zusteht; denn bei der vorliegenden Deliktsklage aus § 823, Abs. 1 allein oder in Verbindung mit § 830 B.G.B. ist die Passivlegitimation lediglich an die Person dessen geknüpft, der als Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe die in Rede stehende unerlaubte Handlung begangen hat, mag er dadurch den Besitz der Sache im Rechtssinne erlangt haben oder nicht.[1])

b) „Es ist ein alter und immer wieder von neuem entbrennender Streit, ob der Besitz Faktum oder Recht ist."[2]) Für das Recht des B.G.B. ist indessen dieser Streit, soweit er wenigstens die Frage betrifft, ob der Besitz als „ein sonstiges Recht" im Sinne von § 823, Abs. 1 anzusehen[3]) und auch nach dieser Bestimmung gegen schuldhafte, widerrechtliche Verletzung geschützt ist, nicht von praktischer Bedeutung. Denn jedenfalls lässt sich ein Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter widerrechtlicher Besitzent-

---

[1]) Vgl. Bunsen, Besitzschutz, S. 91.

[2]) so: Windscheid, I. Bd. § 150, S. 752.

[3]) so: Bunsen, Besitzschutz, S. 89, im Gegensatze zu der als richtig zu bezeichnenden Meinung: Windscheids (Bd. I § 150) Plancks (II. Bd., Anm. 2a zu § 823) und Dernburgs (III. Bd., S. 45).

ziehung stets aus § 823, Abs. 2 B.G.B. begründen,[1]) wonach auch derjenige schadensersatzpflichtig ist, „welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstösst". Auch die das Verbot der Eigenmacht enthaltende Vorschrift des § 858, Abs. 1 kann als ein solches Schutzgesetz im Sinne von § 823, Abs. 2 aufgefasst werden,[1]) da ja diese Vorschrift sicherlich den Schutz des Besitzers gegen widerrechtliche Störung oder Entziehung seines Besitzes durch Andere bezweckt. Für die vorliegende Arbeit kommt lediglich der Fall einer schuldhaften, widerrechtlichen Besitzentziehung in Betracht, sofern diese vom Besitzdiener eines Anderen gegen den bisherigen Besitzer einer Sache begangen wird, mag dabei dieser Besitzdiener als der Täter selbst für seinen Besitzherrn, der dadurch „gegenwärtiger Besitzer" der Sache wird, oder mag er als Mittäter oder endlich als Gehilfe des Besitzherrn (§ 830 B.G.B.!) gehandelt haben. Ist aber nach diesen Voraussetzungen der Schadensersatzanspruch des früheren Besitzers gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers begründet, so besteht die Schadensersatzleistung des Besitzdieners nach unseren obigen Ausführungen über das Prinzip des § 249, Satz 1 des B.G.B. in der Wiedereinräumung des Besitzes an den früheren Besitzer.

Es ist also sowohl dem Eigentümer als auch dem früheren Besitzer unter den hier erörterten Voraussetzungen die rechtliche Möglichkeit gegeben, im Wege der Deliktsklage aus § 823 B.G.B. die Herausgabe der Sache unmittelbar vom Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers zu erlangen, solange nur der Besitzdiener die

[1]) so: Strohal, Sachbesitz, S. 64, 65, Planck a. a. O., II. Bd, S. 608, Endemann, S. 133, Anm. 26, Eck, I. Bd., S. 601, Anm. 1 und Reichsger., Bd. 59, S. 328.

tatsächliche Gewalt über die Sache hat und deshalb zur Naturalrestitution imstande ist. Denn anderenfalls ist nur Entschädigung durch Wertersatz gemäss § 251 B.G.B. zu leisten.

§ 16.

Vergegenwärtigen wir uns zum Schlusse das Gesamtergebnis unserer Erörterungen! Die Rechtsanschauung, welche wir im B.G.B. hinsichtlich des Begriffs und der Rechtsstellung des Besitzdieners vertreten finden, lässt sich wohl am besten durch die treffenden Worte Endemanns[1]) über die Struktur des Besitzrechts im B.G.B. kennzeichnen: „Die Ordnung, die das B.G.B. dem Besitz gibt, ... spiegelt das echte Bild des unter dem Einflusse verschiedenartiger Verkehrsanschauungen entstandenen Deutschen Volks- und Rechtstums wieder, erhebt sich aber zu selbständiger Bedeutung, indem sie vereint, was aus jeglichem Rechtssystem als wohlerprobt hervorgegangen ist, und abstreift, was geschichtliche Zufälligkeit und dogmatische Willkür gegen die praktischen Bedürfnisse am Bau der Rechtsordnung angesetzt hatten.“

[1]) Vgl. a. a. O. § 26, S. 135 ff.

Lebenslauf.

Am 15. April 1883 wurde ich, Friedrich August Georg Liebezeit, zu Breslau geboren, als Sohn des Königlichen Eisenbahn-Betriebs-Sekretärs und Hauptmanns d. L. Bruno Liebezeit und seiner Ehefrau Margarete geb. Ludewig. Ich bin katholischer Konfession und besitze die preussische Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1889 bis Ostern 1893 besuchte ich die Städtische Katholische Realschule, darauf das Königliche König-Wilhelms-Gymnasium in Breslau, welches ich Ostern 1902 mit dem Zeugnis der Reife verliess.

Sodann studierte ich an der Königlichen Universität zu Breslau die Rechts- und Staatswissenschaften. Ich besuchte die Vorlesungen, sowie Übungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

Beyerle, Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Heilborn, Jörs, Kleineidam, Klingmüller, Leonhard, Herbert Meyer, Sombart und Wolf,

denen ich an dieser Stelle für die mannigfachen wertvollen Anregungen, die ich in ihren Kollegien bezw. Übungen empfing, meinen tiefgefühlten Dank ausspreche. Ganz besonders gilt mein Dank den Herren Geheimräten Professor Dr. Fischer und Professor Dr. Leonhard für ihr liebenswürdiges Entgegenkommen und die Erteilung ihres hochgeschätzten Rates bei Abfassung dieser Dissertation.

Am 11. Januar 1906 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat gut, am 2. März 1906 das examen rigorosum. Nachdem ich als Referendar zunächst dem Königlichen Amtsgericht in Bernstadt überwiesen war, bin ich zurzeit beim Königlichen Landgericht in Breslau beschäftigt.